



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2019 Vol. 4

1^{er} cahier, 2019 Vol. 4

Cited as [2019] 4 S.C.R. 3-334

Renvoi [2019] 4 R.C.S. 3-334

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil
RENÉE MARIA TREMBLAY

Legal Counsel / Conseillers juridiques

ÉLOÏSE BENOIT
AUDREY-ANNE BERGERON
VALERIE DESJARLAIS
ANNE DES ORMEAUX
ANDRÉ GOLDENBERG
LEE ANN GORMAN

LAUREN KOSHURBA
KAREN LEVASSEUR
CRAIG MRACEK
JOANNE NORMAN
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
ANDREA SUURLAND
LESLIE TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
DIANE THERRIEN
LESLIE-ANNE WOOD

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

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes
MARIE-CHRISTIANE BOUCHER
JULIE BOULANGER

AUDRA POIRIER
MARIE RODRIGUE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques
MARC-ANDRÉ ALAIN
SUZANNE AUDET
MARYAM ARZANI
GENEVIÈVE MARTIN-LAFLEUR

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ
MANON PLOUFFE

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

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

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 4, 2019

4^e volume, 2019

CONTENTS

R. v. Javanmardi 3

Criminal law — Unlawful act manslaughter — Criminal negligence causing death — Elements of offence — Naturopath charged and acquitted at trial in death of patient — Court of Appeal setting aside acquittals — Whether Crown must prove that underlying unlawful act was objectively dangerous to establish actus reus of unlawful act manslaughter — Whether Court of Appeal erred in intervening — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 220, 222(5)(a).

R. v. K.J.M. 39

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Young persons — Delay of almost 19 months between charges and end of youth accused's trial — Whether presumptive ceilings established in Jordan apply to youth justice court proceedings — Whether youth accused's right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed.

R. v. Shlah 136

Criminal law — Charge to jury — Co-principal liability — Unreasonable verdict — Victim beaten and stabbed to death by group of people — Accused both convicted by jury of second degree murder for participation in assault — Court of Appeal holding that charge to jury did not disclose reviewable error as it adequately addressed various paths to liability — Court of Appeal holding that it was open to jury to conclude that accused were liable either as principals or as co-principals in assault and acted with requisite intent for murder — Verdicts not unreasonable — Convictions upheld.

Montréal (City) v. Octane Stratégie inc. 138

Municipal law — Contracts — Restitution of prestations — Receipt of payment not due — Large-scale media event designed and produced within short period of time by public relations and communications firm and its subcontractor at request of municipality — Mandate granted to firm without rules of public order for awarding municipal contracts having been complied with and without grant of mandate having been approved by resolution of municipal

Continued on next page

SOMMAIRE

R. c. Javanmardi 3

Droit criminel — Homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal — Négligence criminelle causant la mort — Éléments de l'infraction — Accusations portées contre une naturopathe relativement au décès d'un de ses patients et acquittement de celle-ci au procès — Annulation des acquittements par la Cour d'appel — La Couronne doit-elle prouver que l'acte illégal sous-jacent était objectivement dangereux pour établir l'actus reus d'un homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en intervenant? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 220, 222(5)a).

R. c. K.J.M. 39

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Adolescents — Délai de presque 19 mois entre le dépôt des accusations et la fin du procès de l'accusé adolescent — Les plafonds présumés fixés dans Jordan s'appliquent-ils aux instances dont sont saisis les tribunaux pour adolescents? — Le droit de l'accusé adolescent d'être jugé dans un délai raisonnable protégé par l'al. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés a-t-il été violé?

R. c. Shlah 136

Droit criminel — Exposé au jury — Responsabilité en tant que coauteur de l'infraction — Verdict déraisonnable — Victime battue et poignardée à mort par un groupe de personnes — Accusés déclarés tous deux coupables par le jury de meurtre au second degré en raison de leur participation à l'agression — Conclusion de la Cour d'appel portant que l'exposé au jury ne comportait pas d'erreur donnant ouverture à révision car il exposait adéquatement les différentes voies pouvant mener à la responsabilité — Conclusion de la Cour d'appel portant qu'il était loisible au jury de conclure que les accusés étaient responsables en tant qu'auteurs ou coauteurs de l'agression et qu'ils avaient agi en ayant l'intention requise à l'égard de l'infraction de meurtre — Verdicts non déraisonnables — Déclarations de culpabilité confirmées.

Montréal (Ville) c. Octane Stratégie inc. 138

Droit municipal — Contrats — Restitution des prestations — Réception de l'indu — Événement médiatique de grande envergure conçu et réalisé dans un bref laps de temps par une entreprise de relations publiques et de communications et son sous-traitant à la demande d'une municipalité — Mandat octroyé à l'entreprise sans que les règles d'ordre public relatives à l'adjudication des contrats municipaux aient été respectées et sans que l'octroi du

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

council or by officer authorized by valid delegation of powers — Municipality refusing to pay firm's invoice for subcontractor's services — Whether rules on restitution of prestations set out in Civil Code of Québec apply under municipal law — Whether contract exists between municipality and firm — Whether restitution of prestations is necessary — Civil Code of Québec, arts. 1491, 1699.

Desgagnés Transport Inc. v. Wärtsilä Canada Inc. 228

Constitutional law — Division of powers — Navigation and shipping — Property and civil rights — Canadian non-statutory maritime law — Double aspect doctrine — Shipping company and supplier entering into contract for sale of marine engine parts for use on commercial vessel — Ship's main engine suffering major failure caused by latent defect in parts supplied — Shipping company commencing action against supplier for damages and lost profit — Choice of law clause providing that laws in force in Quebec govern contract — Whether body of law governing dispute falls within federal power over navigation and shipping or provincial power over property and civil rights — Whether Canadian maritime law or Quebec civil law governs contract — Constitution Act, 1867, ss. 91(10), 92(13) — Civil Code of Québec, art. 1733.

SOMMAIRE (Fin)

mandat ait été entériné par une résolution adoptée par le conseil municipal ou approuvé par un fonctionnaire habilité par délégation de pouvoirs valide — Refus de la municipalité de payer la facture de l'entreprise pour les services du sous-traitant — Le régime de la restitution des prestations prévu au Code civil du Québec trouve-t-il application en droit municipal? — Existe-t-il un contrat entre la municipalité et l'entreprise? — La restitution des prestations s'impose-t-elle? — Code civil du Québec, art. 1491, 1699.

Transport Desgagnés Inc. c. Wärtsilä Canada Inc. 228

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Navigation et bâtiments ou navires — Propriété et droits civils — Droit maritime canadien non statutaire — Théorie du double aspect — Contrat conclu entre une entreprise de transport maritime et un fournisseur visant la vente de pièces de moteur de navire destinées à un bâtiment commercial — Bris majeur du moteur principal du navire causé par un vice caché dans les pièces fournies — Action intentée par l'entreprise de transport maritime contre le fournisseur pour les dommages et pertes de profits subis — Clause de désignation du droit applicable prévoyant que les lois en vigueur au Québec régissent le contrat — L'ensemble de règles de droit régissant le conflit relève-t-il de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires ou de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils? — Le contrat est-il régi par le droit maritime canadien ou par le droit civil du Québec ou des deux? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(10), 92(13) — Code civil du Québec, art. 1733.

Mitra Javanmardi *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen and Attorney
General of Quebec** *Respondents*

and

**Association des avocats de la défense
de Montréal, Québec Association of
Naturopathic Medicine, Association des
naturopathes agréés du Québec,
Canadian Association of Naturopathic
Doctors and Criminal Lawyers' Association**
Intervenors

INDEXED AS: R. v. JAVANMARDI

2019 SCC 54

File No.: 38188.

2019: May 15; 2019: November 14.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

Criminal law — Unlawful act manslaughter — Criminal negligence causing death — Elements of offence — Naturopath charged and acquitted at trial in death of patient — Court of Appeal setting aside acquittals — Whether Crown must prove that underlying unlawful act was objectively dangerous to establish actus reus of unlawful act manslaughter — Whether Court of Appeal erred in intervening — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 220, 222(5)(a).

On June 12, 2008, M and his wife visited the accused's naturopathic clinic. M was 84 years old, had heart disease and was frustrated with the treatment he had received at conventional medical clinics. After an hour-long consultation, the accused recommended intravenously administered nutrients. M reacted negatively to the injection and he died of endotoxic shock some hours later. The accused

Mitra Javanmardi *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine et procureure générale
du Québec** *Intimées*

et

**Association des avocats de la défense
de Montréal, Association de médecine
naturopathique du Québec, Association
des naturopathes agréés du Québec,
Association canadienne des docteurs en
naturopathie et Criminal Lawyers'
Association** *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : R. c. JAVANMARDI

2019 CSC 54

N° du greffe : 38188.

2019 : 15 mai; 2019 : 14 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal — Négligence criminelle causant la mort — Éléments de l'infraction — Accusations portées contre une naturopathe relativement au décès d'un de ses patients et acquittement de celle-ci au procès — Annulation des acquittements par la Cour d'appel — La Couronne doit-elle prouver que l'acte illégal sous-jacent était objectivement dangereux pour établir l'actus reus d'un homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en intervenant? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 220, 222(5)a).

Le 12 juin 2008, M et son épouse se sont rendus à la clinique de naturopathie de l'accusée. M était âgé de 84 ans, souffrait de cardiopathie et était mécontent du traitement reçu dans des cliniques médicales conventionnelles. Au terme d'une consultation d'une heure, l'accusée a recommandé l'administration de nutriments par voie intraveineuse. M a mal réagi à l'injection et il est décédé d'un

was charged with criminal negligence causing death and unlawful act manslaughter. The trial judge acquitted the accused of both charges but the Court of Appeal set aside both acquittals, substituted a conviction on the charge of unlawful act manslaughter, and ordered a new trial on the criminal negligence charge.

Held (Wagner C.J. and Rowe J. dissenting): The appeal should be allowed and the acquittals restored.

Per Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté and Brown JJ.: The Court of Appeal erred in holding that an intravenous injection is objectively dangerous regardless of the circumstances in which it is administered or the training, qualifications and experience of the person who administers it. The Court of Appeal also erred in disturbing the accused's acquittals based on its conclusion that her conduct markedly departed from that of a reasonable person. These conclusions cannot be squared with the trial judge's findings of fact which the Court of Appeal replaced with its own.

The *actus reus* of criminal negligence causing death requires that the accused undertook an act — or omitted to do anything that it was his or her legal duty to do — and that the act or omission caused someone's death. The fault element is that the accused's act or omission shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons. As with other negligence-based criminal offences, the fault element of criminal negligence causing death is assessed by measuring the degree to which the accused's conduct departed from that of a reasonable person in the circumstances. For some negligence-based offences, such as dangerous driving, a "marked" departure satisfies the fault element. In the context of criminal negligence causing death, however, the requisite degree of departure is as an elevated one — marked and substantial.

The *actus reus* of unlawful act manslaughter under s. 222(5)(a) of the *Criminal Code* requires the Crown to prove that the accused committed an unlawful act and that the unlawful act caused death. The underlying unlawful act is described as the "predicate" offence. Where the predicate offence is one of strict liability, the fault element for that offence must be read as a marked departure from

choc endotoxique quelques heures plus tard. L'accusée a été inculpée de négligence criminelle causant la mort et d'homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal. La juge du procès a acquitté l'accusée des deux accusations mais la Cour d'appel a annulé les deux acquittements, a prononcé une déclaration de culpabilité relativement à l'accusation d'homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal et a ordonné un nouveau procès relativement à l'accusation de négligence criminelle.

Arrêt (le juge en chef Wagner et le juge Rowe sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et les acquittements sont rétablis.

Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté et Brown : La Cour d'appel a eu tort de conclure qu'une injection intraveineuse est un acte objectivement dangereux, peu importe les circonstances dans lesquelles elle est administrée ou la formation, les compétences et l'expérience de la personne qui l'administre. La Cour d'appel a aussi commis une erreur en intervenant à l'égard des acquittements de l'accusée sur le fondement de sa conclusion selon laquelle la conduite de celle-ci constituait un écart marqué par rapport à celle d'une personne raisonnable. Ces conclusions ne peuvent être conciliées avec les conclusions de fait de la juge du procès que la Cour d'appel a remplacées par les siennes.

L'*actus reus* de la négligence criminelle causant la mort exige que l'accusé ait commis un acte — ou omis de faire quelque chose qu'il était de son devoir légal d'accomplir — et que l'acte ou l'omission ait causé la mort d'autrui. L'élément de faute consiste à ce que l'acte ou l'omission de l'accusé montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui. Comme pour les autres infractions criminelles fondées sur la négligence, l'élément de faute de la négligence criminelle causant la mort est apprécié en déterminant la mesure dans laquelle la conduite de l'accusé s'écartait de celle d'une personne raisonnable dans la même situation. Pour certaines infractions fondées sur la négligence, comme la conduite dangereuse, un écart « marqué » correspond à l'élément de faute. Dans le contexte de la négligence criminelle causant la mort, toutefois, le degré d'écart requis est élevé, c'est-à-dire marqué et important.

L'*actus reus* de l'homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal dont il est question à l'al. 222(5)a) du *Code criminel* oblige le ministère public à prouver que l'accusé a commis un acte illégal et que l'acte illégal a causé la mort. On qualifie l'acte illégal d'infraction « sous-jacente ». Lorsque l'infraction sous-jacente en est une de responsabilité stricte, l'élément de

the standard expected of a reasonable person in the circumstances. The Crown is not required to prove that the predicate offence was objectively dangerous. An objective dangerousness requirement adds nothing to the analysis that is not captured within the fault element of unlawful act manslaughter. An unlawful act, accompanied by objective foreseeability of the risk of bodily harm that is neither trivial nor transitory, is an objectively dangerous act. As a result, the *actus reus* of unlawful act manslaughter is satisfied by proof beyond a reasonable doubt that the accused committed an unlawful act that caused death. There is no independent requirement of objective dangerousness.

The fault element of both offences requires that an accused's conduct be measured against the standard of a reasonable person in their circumstances. An activity-sensitive approach to the modified objective standard should be applied. While the standard is not determined by the accused's personal characteristics, it is informed by the activity. Evidence of training and experience may be used to rebut an allegation of being unqualified to engage in an activity or to show how a reasonable person in the circumstances of the accused would have performed the activity.

In measuring the accused's conduct against this standard in the instant case, the trial judge was obliged to consider the accused's prior training, experience and qualifications as a naturopath. The trial judge found that the accused was properly qualified to administer intravenous injections and took the necessary precautions at every stage of administering the intravenous injection, including observing sufficient protocols to prevent sepsis. All of the trial judge's factual findings, which were based on the evidence, amply support the conclusion that an intravenous injection, performed properly by a naturopath qualified to administer such injections, did not pose an objectively foreseeable risk of bodily harm in the circumstances.

Per Wagner C.J. and Rowe J. (dissenting): The appeal should be allowed in part: the conviction for unlawful act manslaughter should be set aside and a new trial ordered on this charge. Entering a conviction on an appeal from

faute pour cette infraction doit être interprété comme étant un écart marqué par rapport à la norme qu'une personne raisonnable respecterait dans la même situation. Le ministère public n'est pas tenu de prouver que l'infraction sous-jacente était objectivement dangereuse. Une exigence relative à l'objectivité dangereuse n'ajoute rien à l'analyse qui n'est pas comprise dans l'élément de faute de l'homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal. Un acte illégal, accompagné d'une prévisibilité objective du risque de lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère, est un acte objectivement dangereux. En conséquence, l'élément d'*actus reus* de l'homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal est établi au moyen d'une preuve hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis un acte illégal qui a causé la mort. Il n'existe pas d'exigence indépendante de dangerosité objective.

L'élément de faute des deux infractions exige que la conduite de l'accusé soit appréciée par rapport à la norme de la personne raisonnable placée dans la même situation que lui. Une démarche tenant compte des activités adoptée relativement à la norme objective modifiée devrait être appliquée. Même si la norme n'est pas établie en fonction des caractéristiques personnelles de l'accusé, elle est toutefois fondée sur l'activité. La preuve relative à la formation et à l'expérience de l'accusé peut être utilisée pour réfuter une allégation selon laquelle il n'est pas qualifié pour se livrer à l'activité ou pour montrer la façon dont une personne raisonnable se serait livrée à l'activité dans la situation de l'accusé.

Lorsqu'elle a évalué la conduite de l'accusée par rapport à cette norme en l'espèce, la juge du procès avait l'obligation de prendre en considération sa formation, son expérience et ses compétences en tant que naturopathe. La juge du procès a conclu que l'accusée était dûment qualifiée pour administrer les injections intraveineuses et qu'elle avait pris les précautions nécessaires à chaque étape de l'administration de l'injection intraveineuse, notamment en respectant des protocoles suffisants pour éviter la sepsie. Toutes les constatations de fait de la juge du procès, lesquelles étaient fondées sur la preuve, appuient amplement la conclusion selon laquelle une injection intraveineuse, dûment exécutée par un naturopathe qualifié pour administrer de telles injections, ne posait pas de risque objectivement prévisible de lésions corporelles dans les circonstances.

Le juge en chef Wagner et le juge Rowe (dissidents) : Le pourvoi devrait être accueilli en partie : la déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal devrait être annulée

an acquittal is an exceptional measure, and the error of law at issue here is also a rare occurrence. A conviction for manslaughter was not so inevitable as to justify the measure ordered by the Court of Appeal.

The offence of unlawful act manslaughter requires proof of an underlying unlawful act. The *actus reus* of the offence has three elements: (1) an underlying unlawful act; (2) the objective dangerousness of that act; and (3) a causal connection between the act and the death. Unlawful act manslaughter also has two cumulative fault elements: the *mens rea* of the underlying act and the *mens rea* specific to manslaughter.

The second element of the *actus reus*, the objective dangerousness of the unlawful act, is assessed without reference to the accused's personal characteristics. It will be proved if the court is satisfied that the accused did something that a reasonable person would have known was likely to subject another person to a risk of bodily harm. In considering the *actus reus*, the court is not to assess the extent to which the accused's conduct departed from this standard of care or the accused's state of mind. This evidentiary threshold reflects the fact that, at this stage of the analysis, the court is considering whether the accused committed the physical element of the offence, not whether the accused had the state of mind required for a conviction.

Injecting a substance across physiological barriers is an inherently dangerous activity. The accused's experience does not alter this. The dangerousness of the act would have been established even if it had been performed by a health professional who was authorized to do so. By refusing to find that the unlawful injection was objectively dangerous, the trial court failed to arrive at the legal conclusion that was necessary in light of the facts as found. This was an error of law whose impact is such that it requires a new trial.

Cases Cited

By Abella J.

Considered: *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; **referred to:** *R. v. J.F.*, 2008 SCC 60, [2008] 3 S.C.R. 215; *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392; *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90; *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5,

et la tenue d'un nouveau procès à l'égard de ce chef d'accusation devrait être ordonnée. Le prononcé d'un verdict de culpabilité en appel d'un acquittement est une mesure exceptionnelle, et l'erreur de droit en cause ici est également une occurrence rare. Une déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable n'était pas inéluctable au point de justifier la mesure ordonnée par la Cour d'appel.

L'infraction d'homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal requiert la preuve d'un acte illégal sous-jacent. L'*actus reus* de l'infraction se divise en trois éléments : (1) un acte illégal sous-jacent; (2) le caractère objectivement dangereux de cet acte; et (3) le lien causal de celui-ci avec le décès. L'homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal comprend aussi deux éléments de faute cumulatifs, soit la *mens rea* de l'acte sous-jacent et la *mens rea* propre à l'homicide involontaire coupable.

Le second élément de l'*actus reus* qu'est le caractère objectivement dangereux de l'acte illégal s'évalue sans égard aux caractéristiques personnelles de l'accusé. Il sera prouvé si le tribunal est convaincu que l'accusé a accompli un geste qu'une personne raisonnable aurait su être de nature à faire courir un risque de blessures à autrui. Lors de l'examen de l'*actus reus*, le tribunal n'est pas appelé à apprécier l'étendue de l'écart de comportement par rapport à cette norme de diligence, ni l'état mental de l'accusé. Ce seuil de preuve s'explique du fait que, à cette étape de l'analyse, le tribunal cherche à savoir si l'accusé a commis l'élément matériel de l'infraction et non s'il avait l'état d'esprit nécessaire pour être reconnu coupable.

L'injection d'une substance au travers des barrières physiologiques est une activité fondamentalement dangereuse. L'expérience de l'accusée n'y change rien. Le caractère dangereux de l'acte aurait été établi même si celui-ci avait été pratiqué par un professionnel de la santé autorisé à l'accomplir. En refusant de conclure que l'injection illégale était objectivement dangereuse, le tribunal a omis de tirer la conclusion de droit qui s'imposait au vu des faits avérés. Il s'agit d'une erreur de droit dont l'incidence est telle qu'elle commande la tenue d'un nouveau procès.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêt examiné : *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés :** *R. c. J.F.*, 2008 CSC 60, [2008] 3 R.C.S. 215; *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. Beatty*,

[2008] 1 S.C.R. 49; *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60; *R. v. L. (J.)* (2006), 204 C.C.C. (3d) 324; *R. v. Al-Kassem*, 2015 ONCA 320, 78 M.V.R. (6th) 183; *R. v. Sharp* (1984), 12 C.C.C. (3d) 428; *R. v. Fontaine*, 2017 QCCA 1730, 41 C.R. (7th) 330; *R. v. Blostein*, 2014 MBCA 39, 306 Man. R. (2d) 15; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Plein*, 2018 ONCA 748, 50 C.R. (7th) 41; *R. v. Kahnapace*, 2010 BCCA 227, 76 C.R. (6th) 38; *R. v. L.M.*, 2018 NWTTC 6; *R. v. P.S.*, 2018 ONCJ 274; *R. v. Curragh Inc.* (1993), 125 N.S.R. (2d) 185; *R. v. Fournier*, 2016 QCCS 5456; *R. v. Gendreau*, 2015 QCCA 1910; *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021.

By Wagner C.J. (dissenting)

R. v. J.M.H., 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *Autorité des marchés financiers v. Patry*, 2015 QCCA 1933; *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. J.F.*, 2008 SCC 60, [2008] 3 S.C.R. 215.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 219, 220, 222(1), (4), (5), 234, 236(b).
Medical Act, CQLR, c. M-9, s. 31.

Authors Cited

Canadian Judicial Council. *Model Jury Instructions*, last updated July 2012 (online: <https://www.nji-inm.ca/index.cfm/publications/model-jury-instructions/?langSwitch=en#FC0FCB04-058F-4EEF-128BAC83990289A8>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC54_1_eng.pdf).

Ferguson, Gerry A., and Michael R. Dambrot. *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 2, 4th ed. Vancouver: The Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2005 (loose-leaf updated November 2018).

Grant, Isabel, Dorothy Chunn and Christine Boyle. *The Law of Homicide*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 1999, release 1).

Healy, Patrick. “The *Creighton* Quartet: Enigma Variations in a Lower Key” (1993), 23 C.R. (4th) 265.

Roach, Kent. *Criminal Law*, 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2018.

2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49; *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60; *R. c. L. (J.)* (2006), 204 C.C.C. (3d) 324; *R. c. Al-Kassem*, 2015 ONCA 320, 78 M.V.R. (6th) 183; *R. c. Sharp* (1984), 12 C.C.C. (3d) 428; *R. c. Fontaine*, 2017 QCCA 1730, 41 C.R. (7th) 330; *R. c. Blostein*, 2014 MBCA 39, 306 Man. R. (2d) 15; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Plein*, 2018 ONCA 748, 50 C.R. (7th) 41; *R. c. Kahnapace*, 2010 BCCA 227, 76 C.R. (6th) 38; *R. c. L.M.*, 2018 NWTTC 6; *R. c. P.S.*, 2018 ONCJ 274; *R. c. Curragh Inc.* (1993), 125 N.S.R. (2d) 185; *R. c. Fournier*, 2016 QCCS 5456; *R. c. Gendreau*, 2015 QCCA 1910; *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021.

Citée par le juge en chef Wagner (dissident)

R. c. J.M.H., 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *Québec (Autorité des marchés financiers) c. Patry*, 2015 QCCA 1933, 26 C.R. (7th) 166; *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. J.F.*, 2008 CSC 60, [2008] 3 R.C.S. 215.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 219, 220, 222(1), (4), (5), 234, 236b).
Loi médicale, RLRQ, c. M-9, art. 31.

Doctrine et autres documents cités

Conseil canadien de la magistrature. *Modèles de directives au jury*, dernière mise à jour juillet 2012 (en ligne : <https://www.nji-inm.ca/index.cfm/publications/model-jury-instructions/?langSwitch=fr#FC0FCB04-058F-4EEF-128BAC83990289A8>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC54_1_fra.pdf).

Ferguson, Gerry A., and Michael R. Dambrot. *CRIMJI : Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 2, 4th ed., Vancouver, The Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2005 (loose-leaf updated November 2018).

Grant, Isabel, Dorothy Chunn and Christine Boyle. *The Law of Homicide*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1994 (loose-leaf updated 1999, release 1).

Healy, Patrick. « The *Creighton* Quartet : Enigma Variations in a Lower Key » (1993), 23 C.R. (4th) 265.

Roach, Kent. *Criminal Law*, 7th ed., Toronto, Irwin Law, 2018.

Stewart, Hamish. “*F. (J.)*: The Continued Evolution of the Law of Penal Negligence” (2008), 60 C.R. (6th) 243.

Watt, David. *Watt’s Manual of Criminal Jury Instructions*, 2nd ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2015.

Wilson, Larry C. “*Beatty, J.F.*, and the Law of Manslaughter” (2010), 47 *Alta. L. Rev.* 651.

Wilson, Larry C. “Too Many Manslaughters” (2007), 52 *Crim. L.Q.* 433.

Yeo, Stanley. “The Fault Elements for Involuntary Manslaughter: Some Lessons from Downunder” (2000), 43 *Crim. L.Q.* 291.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Hilton, Gagnon and Marcotte JJ.A.), 2018 QCCA 856, 47 C.R. (7th) 296, [2018] AZ-51499093, [2018] J.Q. n° 4661 (QL), 2018 CarswellQue 4498 (WL Can.), substituting the acquittal for unlawful act manslaughter entered by Villemure Prov. Ct. J., C.Q., No. 500-01-013474-082, April 8, 2015, with a conviction, and ordering a new trial for criminal negligence causing death. Appeal allowed, Wagner C.J. and Rowe J. dissenting.

Isabel J. Schurman, Julius Grey, Francis Villeneuve Ménard and Rose-Mélanie Drivod, for the appellant.

Christian Jarry, for the respondent Her Majesty The Queen.

Julien Bernard, Jean-Vincent Lacroix and Alexandre Duval, for the respondent the Attorney General of Quebec.

Michel Marchand and Christian Desrosiers, for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal.

Giuseppe Battista, for the interveners the Québec Association of Naturopathic Medicine and Association des naturopathes agréés du Québec.

Benjamin Grant, Marion Sandilands and David Wilson, for the intervener the Canadian Association of Naturopathic Doctors.

Stewart, Hamish. « *F. (J.)* : The Continued Evolution of the Law of Penal Negligence » (2008), 60 C.R. (6th) 243.

Watt, David. *Watt’s Manual of Criminal Jury Instructions*, 2nd ed., Toronto, Thomson/Carswell, 2015.

Wilson, Larry C. « *Beatty, J.F.*, and the Law of Manslaughter » (2010), 47 *Alta. L. Rev.* 651.

Wilson, Larry C. « Too Many Manslaughters » (2007), 52 *Crim. L.Q.* 433.

Yeo, Stanley. « The Fault Elements for Involuntary Manslaughter : Some Lessons from Downunder » (2000), 43 *Crim. L.Q.* 291.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Hilton, Gagnon et Marcotte), 2018 QCCA 856, 47 C.R. (7th) 296, [2018] AZ-51499093, [2018] J.Q. n° 4661 (QL), 2018 CarswellQue 4498 (WL Can.), qui a substitué le verdict d’acquiescement pour homicide involontaire commis au moyen d’un acte illégal prononcé par la juge Villemure, C.Q., n° 500-01-013474-082, 8 avril 2015, par une déclaration de culpabilité et qui a ordonné la tenue d’un nouveau procès pour négligence criminelle causant la mort. Pourvoi accueilli, le juge en chef Wagner et le juge Rowe sont dissidents.

Isabel J. Schurman, Julius Grey, Francis Villeneuve Ménard et Rose-Mélanie Drivod, pour l’appelante.

Christian Jarry, pour l’intimée Sa Majesté la Reine.

Julien Bernard, Jean-Vincent Lacroix et Alexandre Duval, pour l’intimée la procureure générale du Québec.

Michel Marchand et Christian Desrosiers, pour l’intervenante l’Association des avocats de la défense de Montréal.

Giuseppe Battista, pour les intervenantes l’Association de médecine naturopathique du Québec et l’Association des naturopathes agréés du Québec.

Benjamin Grant, Marion Sandilands et David Wilson, pour l’intervenante l’Association canadienne des docteurs en naturopathie.

Anil K. Kapoor and Dana C. Achtemichuk, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

The judgment of Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté and Brown JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — Mitra Javanmardi opened a naturopathic clinic in Quebec in 1985. She has a degree in science from McGill University, a doctorate in naturopathic medicine from the National College of Naturopathic Medicine in Portland, Oregon, and a related diploma which involved 500 hours of further courses. Ms. Javanmardi's education included classes and clinical training about intravenous injection techniques. She has treated between 4,000 and 5,000 patients at her clinic since it opened and, starting in 1992, has administered nutrients to approximately ten patients per week by way of intravenous injection. Intravenous administration of nutrients by naturopaths is not legal in Quebec but is lawful in most provinces.

[2] On June 12, 2008, Roger Matern and his wife visited Ms. Javanmardi's clinic. Mr. Matern was 84 years old and had heart disease. He was frustrated with the treatment he had received at conventional medical clinics and hoped that naturopathy would improve his quality of life. After an hour-long consultation, Ms. Javanmardi recommended intravenously administered nutrients. Despite Ms. Javanmardi's telling him that she did not normally administer intravenous injections on a first visit, Mr. Matern insisted on having an intravenous treatment that day.

[3] Ms. Javanmardi prepared the nutrient solution for Mr. Matern's intravenous injection. It contained magnesium chloride, manganese chloride, potassium chloride, L-Taurine, L-Carnitine, and sterile water. To create the solution, Ms. Javanmardi combined nutrients from separate vials. One vial contained L-Carnitine. Mr. Matern was the third patient to whom L-Carnitine from the same vial had been administered that day. The other two patients did not

Anil K. Kapoor et Dana C. Achtemichuk, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

Version française du jugement des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté et Brown rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Mitra Javanmardi a ouvert une clinique de naturopathie au Québec en 1985. Elle est titulaire d'un diplôme en sciences de l'Université McGill, d'un doctorat en médecine naturopathique du National College of Naturopathic Medicine de Portland, en Oregon, et d'un diplôme connexe dans le cadre duquel elle a complété 500 heures de cours. Les études que M^{me} Javanmardi a faites comprenaient des classes et une formation clinique sur les techniques d'injection intraveineuse. Depuis l'ouverture de sa clinique, elle a traité entre 4 000 et 5 000 patients et, à partir de 1992, elle a administré des nutriments par injection intraveineuse à environ dix patients par semaine. L'administration intraveineuse de nutriments par les naturopathes n'est pas légale au Québec, mais elle l'est dans la plupart des provinces.

[2] Le 12 juin 2008, Roger Matern et son épouse se sont rendus à la clinique de M^{me} Javanmardi. Monsieur Matern était âgé de 84 ans et souffrait de cardiopathie. Mécontent du traitement reçu à des cliniques médicales conventionnelles, il espérait que la naturopathie améliorerait sa qualité de vie. Au terme d'une consultation d'une heure, M^{me} Javanmardi a recommandé l'administration de nutriments par voie intraveineuse. Même si M^{me} Javanmardi lui a dit qu'elle ne pratiquait pas normalement d'injections intraveineuses lors d'une première visite, M. Matern a insisté pour recevoir un traitement intraveineux le jour même.

[3] Madame Javanmardi a préparé la solution de nutriments pour l'injection intraveineuse de M. Matern, laquelle contenait du chlorure de magnésium, du chlorure de manganèse, du chlorure de potassium, de la L-taurine, de la L-carnitine et de l'eau stérile. Pour créer la solution, M^{me} Javanmardi a combiné les nutriments provenant de fioles distinctes. Une des fioles contenait de la L-carnitine. Monsieur Matern était le troisième patient à qui de la L-carnitine provenant

have adverse reactions to their injections. The vial turned out to be contaminated.

[4] Mr. Matern reacted negatively to the injection almost immediately. He complained of being hot and nauseous. Ms. Javanmardi stopped the intravenous injection and checked Mr. Matern's vital signs, which were stable. Mr. Matern had no fever, was not experiencing confusion, and there was no sign of infection on the site of the injection.

[5] Throughout Ms. Javanmardi's career, no patient had ever been infected during an intravenous injection. She thought that Mr. Matern could be having a hypoglycaemic reaction and suggested he eat some sugar. Mr. Matern consumed a spoonful of honey and orange juice.

[6] Despite his symptoms, Mr. Matern said that he did not want to go to the hospital. His wife and daughter took him home. In a call later that day with Mr. Matern's daughter, Ms. Javanmardi explained that Mr. Matern needed to stay hydrated and advised his daughter to take him to the hospital if she was unable to keep him hydrated.

[7] That night, Mr. Matern's daughter called an ambulance because she was concerned that her father's condition was worsening. Doctors at the hospital noted signs of endotoxic shock. Mr. Matern's symptoms continued to worsen and he died of endotoxic shock some hours later.

[8] Ms. Javanmardi was charged with criminal negligence causing death contrary to s. 220(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and manslaughter, contrary to ss. 234 and 236(b) of the *Criminal Code*.

[9] At trial, the Crown identified several of Ms. Javanmardi's acts or omissions as the bases for criminal negligence causing death and as predicate offences for unlawful act manslaughter. Of these, only one act, the intravenous injection administered

de la même fiole avait été administrée ce jour-là. Les deux autres patients n'ont pas eu de réactions indésirables par suite de leurs injections. La fiole s'est révélée être contaminée.

[4] Monsieur Matern a mal réagi à l'injection presque immédiatement. Il s'est plaint d'avoir chaud et d'avoir la nausée. Madame Javanmardi a mis fin à l'injection intraveineuse et a vérifié les signes vitaux de M. Matern, qui étaient stables. Monsieur Matern ne faisait pas de fièvre et n'était pas confus, et il n'y avait aucun signe d'infection au point d'injection.

[5] Durant toute la carrière de M^{me} Javanmardi, aucun patient n'a été infecté lors d'une injection intraveineuse. Elle a pensé que M. Matern faisait peut-être une réaction hypoglycémique et lui a suggéré de manger un peu de sucre. Monsieur Matern a consommé une cuillerée de miel et du jus d'orange.

[6] Malgré ses symptômes, M. Matern a dit qu'il ne voulait pas aller à l'hôpital. Son épouse et sa fille l'ont ramené à la maison. Lors d'une conversation téléphonique plus tard ce jour-là, M^{me} Javanmardi a expliqué à la fille de M. Matern qu'il devait rester hydraté et lui a conseillé de l'amener à l'hôpital si elle était incapable de le garder hydraté.

[7] Cette nuit-là, la fille de M. Matern a appelé une ambulance parce qu'elle s'inquiétait de l'état de son père qui semblait s'aggraver. Les médecins de l'hôpital ont constaté des signes de choc endotoxique. Les symptômes de M. Matern ont continué à s'aggraver et il est décédé d'un choc endotoxique quelques heures plus tard.

[8] Madame Javanmardi a été accusée de négligence criminelle causant la mort, infraction prévue à l'al. 220b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et d'homicide involontaire coupable, infraction prévue à l'art. 234 et à l'al. 236b) du *Code criminel*.

[9] Au procès, le ministère public a désigné plusieurs actes ou omissions de M^{me} Javanmardi comme fondements de la négligence criminelle causant la mort et comme infractions sous-jacentes de l'homicide involontaire coupable commis au moyen

contrary to s. 31 of Quebec’s *Medical Act*, CQLR, c. M-9, was argued before this Court as the basis for both charges.¹

[10] The trial lasted for 39 days. In a 50-page, 453-paragraph judgment which thoroughly and carefully canvassed the evidence, Villemure J. made the following findings of fact:

- According to the expert evidence, the nutrients Ms. Javanmardi selected for Mr. Matern’s intravenous injection were “benign” and “potentially helpful”;
- Ms. Javanmardi had the required skills to administer intravenous injections. She has a degree in science from McGill University and a doctorate in naturopathic medicine from the National College of Naturopathic Medicine. This university is recognized in its field. Her four-year education there included one year of courses based on traditional medicine. She was also trained in the administration of intravenous injections, pharmacology, and the interaction of nutrients with other medications. In addition, she got a diploma from the Homeopathic Academy of Naturopathic Physicians, which involved 500 hours of courses. Ms. Javanmardi acquired further skills by practicing naturopathy at her clinic since 1985, and she had almost two decades of experience in administering intravenous injections to patients;

d’un acte illégal. De ceux-ci, seul un acte, soit l’injection intraveineuse administrée en contravention de l’art. 31 de la *Loi médicale* du Québec, RLRQ, c. M-9, a été présenté devant notre Cour comme fondement des deux accusations¹.

[10] Le procès a duré 39 jours. Dans un jugement de 50 pages comptant 453 paragraphes où elle a exhaustivement et soigneusement passé en revue la preuve, la juge Villemure a tiré les conclusions de fait suivantes :

- Selon la preuve d’expert, les nutriments que M^{me} Javanmardi a choisis pour l’injection intraveineuse de M. Matern étaient « bénins » et « potentiellement utiles »;
- Madame Javanmardi avait les compétences requises pour administrer les injections intraveineuses. Elle est titulaire d’un diplôme en sciences de l’Université McGill et d’un doctorat en médecine naturopathique du National College of Naturopathic Medicine. Cette université est reconnue dans son domaine. Les études qu’elle y a faites, d’une durée de quatre ans, comprenaient un an de cours fondés sur la médecine traditionnelle. Elle a également une formation en administration d’injections intraveineuses, en pharmacologie et en interaction des nutriments avec d’autres médicaments. De plus, elle a obtenu un diplôme de la Homeopathic Academy of Naturopathic Physicians, dans le cadre duquel elle a complété 500 heures de cours. Madame Javanmardi a acquis des compétences additionnelles en exerçant la naturopathie à sa clinique depuis 1985, et elle compte près de vingt ans d’expérience dans l’administration d’injections intraveineuses à des patients;

¹ Section 31 states:

31. The practice of medicine consists in assessing and diagnosing any health deficiency in a person in interaction with their environment, in preventing and treating illness to maintain or restore health or to provide appropriate symptom relief.

The following activities in the practice of medicine are reserved to physicians:

- (1) diagnosing illnesses;
- (2) prescribing diagnostic examinations;
- (3) using diagnostic techniques that are invasive or entail risks of injury;
- (4) determining medical treatment;
- (5) prescribing medications and other substances;
- (6) prescribing treatment;
- (7) using techniques or applying treatments that are invasive or entail risks of injury, including aesthetic procedures . . .

¹ L’article 31 dispose :

31. L’exercice de la médecine consiste à évaluer et à diagnostiquer toute déficience de la santé chez l’être humain en interaction avec son environnement, à prévenir et à traiter les maladies dans le but de maintenir la santé, de la rétablir ou d’offrir le soulagement approprié des symptômes.

Dans le cadre de l’exercice de la médecine, les activités réservées au médecin sont les suivantes :

- 1° diagnostiquer les maladies;
- 2° prescrire les examens diagnostiques;
- 3° utiliser les techniques diagnostiques invasives ou présentant des risques de préjudice;
- 4° déterminer le traitement médical;
- 5° prescrire les médicaments et les autres substances;
- 6° prescrire les traitements;
- 7° utiliser les techniques ou appliquer les traitements, invasifs ou présentant des risques de préjudice, incluant les interventions esthétiques . . .

- While Quebec does not regulate naturopathy, Ms. Javanmardi aligned her professional standards with the regulations in other provinces;
- Ms. Javanmardi purchased her nutrients from a reputable Ontario pharmacy that complied with provincial health and safety regulations. As a naturopath, Ms. Javanmardi was authorized to purchase those nutrients in Ontario;
- Ms. Javanmardi was knowledgeable about nutrients. This enabled her to identify which ones correspond to the specific needs of different patients. The information Mr. Matern gave to Ms. Javanmardi about his medical condition was sufficient for Ms. Javanmardi to determine which nutrients could ameliorate his condition;
- Ms. Javanmardi was alive to the need to observe sterilization protocols for administering intravenous injections and had taken sufficient precautionary measures to prevent contamination. The way she stored and preserved the vials used for intravenous injections, including in this case, aligned with the specific properties of each vial and with the instructions of the pharmacist who supplied them;
- Mr. Matern knew that Ms. Javanmardi was not a physician. Mr. Matern immediately wanted an intravenous injection of nutrients and validly consented to the procedure; and
- Mr. Matern died of endotoxic shock attributable to the presence of bacteria in the L-Carnitine vial from which Ms. Javanmardi drew nutrients for his injection. Due to the high concentration of bacteria in the injected solution, Mr. Matern's death was inevitable from the moment he was given the intravenous injection.
- Bien que le Québec ne règlemente pas la naturopathie, M^{me} Javanmardi s'était fixé des normes professionnelles conformes aux règlements d'autres provinces;
- Madame Javanmardi achetait ses nutriments d'une pharmacie ontarienne de bonne réputation qui respectait les règlements provinciaux en matière de santé et de sécurité. À titre de naturopathe, M^{me} Javanmardi était autorisée à acheter ces nutriments en Ontario;
- Madame Javanmardi avait une bonne connaissance des nutriments, ce qui lui permettait de sélectionner ceux répondant aux besoins spécifiques de ses patients. Les renseignements que M. Matern a donnés à M^{me} Javanmardi au sujet de son problème de santé étaient suffisants pour permettre à celle-ci de déterminer quels nutriments étaient susceptibles d'améliorer son état;
- Madame Javanmardi était consciente de la nécessité de respecter des protocoles de stérilisation pour l'administration d'injections intraveineuses et avait pris des mesures de précaution suffisantes pour empêcher la contamination. La façon dont elle entreposait et conservait les fioles utilisées pour les injections intraveineuses, notamment dans la présente affaire, respectait les propriétés spécifiques de chaque fiole et les instructions du pharmacien qui les avaient fournies;
- Monsieur Matern savait que M^{me} Javanmardi n'était pas médecin. Il voulait une injection intraveineuse de nutriments sur-le-champ et il a validement consenti à l'acte;
- Monsieur Matern est décédé d'un choc endotoxique attribuable à la présence de bactéries dans la fiole de L-carnitine de laquelle M^{me} Javanmardi a tiré des nutriments pour son injection. En raison de la concentration élevée de bactéries dans la solution injectée, le décès de M. Matern était inévitable dès le moment où l'injection intraveineuse lui a été administrée.

[11] Villemure J. was satisfied that Ms. Javanmardi had the necessary skills to administer intravenous injections, had observed the required protocols and had taken sufficient precautions at every stage of the process.

[11] La juge Villemure était convaincue que M^{me} Javanmardi possédait les compétences nécessaires pour administrer les injections intraveineuses, qu'elle avait respecté les protocoles requis et qu'elle avait pris des précautions suffisantes à chaque étape du processus.

[12] Based on these findings, Villemure J. acquitted Ms. Javanmardi of both charges. As to the charge of criminal negligence causing death, Villemure J. concluded that Ms. Javanmardi's conduct did not show a marked departure from the standard of care that a reasonable person in her circumstances would have exercised. Villemure J. was not satisfied that a reasonable person would have been aware of any risk inherent in Ms. Javanmardi's conduct and therefore concluded that the Crown had not proved beyond a reasonable doubt that Ms. Javanmardi's conduct showed wanton or reckless disregard for Mr. Matern's life or safety.

[13] In dealing with the unlawful act manslaughter charge, and focusing on the "unlawful act" of administering an intravenous injection contrary to Quebec's *Medical Act*, Villemure J. concluded that the intravenous injection was not objectively dangerous. A reasonable person in Ms. Javanmardi's circumstances would not have foreseen that intravenously administering a benign solution, in accordance with proper procedures, would create a risk of harm.

[14] Having acquitted Ms. Javanmardi, Villemure J. declined to consider supplementary arguments made by Ms. Javanmardi's counsel about the constitutionality of the offences under which she had been charged.

[15] The Court of Appeal set aside both acquittals. It concluded that Villemure J. misstated the elements of unlawful act manslaughter and criminal negligence causing death, and further erred by considering the training that Ms. Javanmardi had received in the course of her education to become a naturopath. In the Court of Appeal's view, the intravenous injection was objectively dangerous and Ms. Javanmardi's conduct constituted a marked departure from the reasonable person standard. The Court of Appeal substituted a conviction on the charge of unlawful act manslaughter and ordered a new trial on the criminal

[12] S'appuyant sur ces conclusions, la juge Villemure a acquitté M^{me} Javanmardi des deux accusations. Pour ce qui est de l'accusation de négligence criminelle causant la mort, la juge Villemure a conclu que la conduite de M^{me} Javanmardi ne révélait pas d'écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la même situation. La juge Villemure n'était pas convaincue qu'une personne raisonnable aurait été consciente d'un risque inhérent à la conduite de M^{me} Javanmardi et a donc conclu que le ministère public n'avait pas prouvé hors de tout doute raisonnable que la conduite de M^{me} Javanmardi montrait une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité de M. Matern.

[13] Lorsqu'elle s'est penchée sur l'accusation d'homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal, et plus particulièrement sur l'« acte illégal », soit celui d'administrer une injection intraveineuse en contravention de la *Loi médicale* du Québec, la juge Villemure a conclu que l'injection intraveineuse n'était pas un acte objectivement dangereux. Une personne raisonnable se trouvant dans la situation de M^{me} Javanmardi n'aurait pas prévu que l'administration intraveineuse d'une solution bénigne, conformément à la procédure indiquée, présenterait un risque de préjudice.

[14] Ayant acquitté M^{me} Javanmardi, la juge Villemure a refusé d'examiner les autres arguments présentés par les avocats de M^{me} Javanmardi portant sur la constitutionnalité des infractions dont elle a été accusée.

[15] La Cour d'appel a annulé les deux acquittements. Elle a conclu que la juge Villemure avait mal énoncé les éléments de l'homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal et de la négligence criminelle causant la mort, et qu'elle avait aussi commis une erreur en tenant compte de la formation que M^{me} Javanmardi avait reçue dans le cadre de ses études pour devenir naturopathe. De l'avis de la Cour d'appel, l'injection intraveineuse était un acte objectivement dangereux et le comportement de M^{me} Javanmardi constituait un écart marqué par rapport à la norme de la personne

negligence charge.² The Court of Appeal briefly considered — and rejected — Ms. Javanmardi’s arguments that the provisions under which she was charged were unconstitutional.

[16] For the following reasons, I would allow Ms. Javanmardi’s appeal on both charges and restore the acquittals.

Analysis

[17] The charges for both criminal negligence causing death and unlawful act manslaughter were based on the same conduct: administering an intravenous injection contrary to Quebec’s *Medical Act*. As the facts of this case demonstrate, there is a great deal of overlap between unlawful act manslaughter and criminal negligence causing death. Nonetheless, to begin the analysis, the offences must be approached separately.

[18] The relevant *Criminal Code* provisions dealing with criminal negligence are:

- 219 (1)** Every one is criminally negligent who
- (a) in doing anything, or
 - (b) in omitting to do anything that it is his duty to do,

shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons.

raisonnable. La Cour d’appel a prononcé une déclaration de culpabilité relativement à l’accusation d’homicide involontaire coupable commis au moyen d’un acte illégal et a ordonné un nouveau procès relativement à l’accusation de négligence criminelle². La Cour d’appel a brièvement examiné — et rejeté — les arguments de M^{me} Javanmardi portant que les dispositions en vertu desquelles elle était accusée étaient inconstitutionnelles.

[16] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi de M^{me} Javanmardi à l’égard des deux accusations et de rétablir les acquittements.

Analyse

[17] L’accusation de négligence criminelle causant la mort et l’accusation d’homicide involontaire coupable commis au moyen d’un acte illégal étaient toutes les deux fondées sur la même conduite, à savoir l’administration d’une injection intraveineuse en contravention de la *Loi médicale* du Québec. Comme le montrent les faits en l’espèce, l’homicide involontaire coupable commis au moyen d’un acte illégal et la négligence criminelle causant la mort se chevauchent dans une large mesure. Néanmoins, pour commencer l’analyse, il faut aborder les infractions séparément.

[18] Voici les dispositions pertinentes du *Code criminel* portant sur la négligence criminelle :

- 219 (1)** Est coupable de négligence criminelle quiconque :
- a) soit en faisant quelque chose;
 - b) soit en omettant de faire quelque chose qu’il est de son devoir d’accomplir,

montre une insouciance déréglée ou téméraire à l’égard de la vie ou de la sécurité d’autrui.

² The Court of Appeal declined to substitute a conviction on the criminal negligence charge because, in its view, without [TRANSLATION] “an overall assessment of the evidence” (para. 124), it was not possible to determine whether Ms. Javanmardi’s conduct amounted to a marked and substantial departure from the reasonable person standard.

² La Cour d’appel a refusé de prononcer une déclaration de culpabilité pour l’accusation de négligence criminelle parce que, à son avis, sans une « appréciation globale de la preuve » (par. 124), il était impossible d’établir si la conduite de M^{me} Javanmardi constituait un écart marqué et important par rapport à la norme de la personne raisonnable.

(2) For the purposes of this section, **duty** means a duty imposed by law.

...

220 Every person who by criminal negligence causes death to another person is guilty of an indictable offence and liable

(a) where a firearm is used in the commission of the offence, to imprisonment for life and to a minimum punishment of imprisonment for a term of four years; and

(b) in any other case, to imprisonment for life.

[19] The *actus reus* of criminal negligence causing death requires that the accused undertook an act — or omitted to do anything that it was his or her legal duty to do — and that the act or omission caused someone’s death.

[20] The fault element is that the accused’s act or omission “shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons”. Neither “wanton” nor “reckless” is defined in the *Criminal Code*, but in *R. v. J.F.*, [2008] 3 S.C.R. 215, this Court confirmed that the offence of criminal negligence causing death imposes a modified objective standard of fault — the objective “reasonable person” standard (paras. 7-9; see also *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392, at pp. 1429-31; *R. v. Morrissey*, [2000] 2 S.C.R. 90, at para. 19; *R. v. Beatty*, [2008] 1 S.C.R. 49, at para. 7).

[21] As with other negligence-based criminal offences, the fault element of criminal negligence causing death is assessed by measuring the degree to which the accused’s conduct departed from that of a reasonable person in the circumstances.³ For some negligence-based offences, such as dangerous driving, a “marked” departure satisfies the

³ In *J.F.*, this Court held that the determination of whether the accused’s conduct departed to the requisite degree is properly viewed as an assessment of fault, not *actus reus* (see Hamish Stewart, “*F. (J.)*: The Continued Evolution of the Law of Penal Negligence” (2008), 60 C.R. (6th) 243, at p. 246).

(2) Pour l’application du présent article, **devoir** désigne une obligation imposée par la loi.

...

220 Quiconque, par négligence criminelle, cause la mort d’une autre personne est coupable d’un acte criminel passible :

a) s’il y a usage d’une arme à feu lors de la perpétration de l’infraction, de l’emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant de quatre ans;

b) dans les autres cas, de l’emprisonnement à perpétuité.

[19] L’*actus reus* de la négligence criminelle causant la mort exige que l’accusé ait commis un acte — ou omis de faire quelque chose qu’il était de son devoir légal d’accomplir — et que l’acte ou l’omission ait causé la mort d’autrui.

[20] L’élément de faute consiste à ce que l’acte ou l’omission de l’accusé « montre une insouciance déréglée ou téméraire à l’égard de la vie ou de la sécurité d’autrui ». Les termes « déréglée » et « téméraire » ne sont pas définis dans le *Code criminel*, mais dans *R. c. J.F.*, [2008] 3 R.C.S. 215, notre Cour a confirmé que l’infraction de négligence criminelle causant la mort impose une norme de faute objective modifiée — la norme objective de la « personne raisonnable » (par. 7-9; voir aussi *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, p. 1429-1431; *R. c. Morrissey*, [2000] 2 R.C.S. 90, par. 19; *R. c. Beatty*, [2008] 1 R.C.S. 49, par. 7).

[21] Comme pour les autres infractions criminelles fondées sur la négligence, l’élément de faute de la négligence criminelle causant la mort est apprécié en déterminant la mesure dans laquelle la conduite de l’accusé s’écartait de celle d’une personne raisonnable dans la même situation³. Pour certaines infractions fondées sur la négligence, comme la

³ Dans l’arrêt *J.F.*, notre Cour a affirmé que la question de savoir si la conduite de l’accusé s’écartait de la norme requise est en fait une appréciation de la faute, et non de l’*actus reus* (voir Hamish Stewart, « *F. (J.)*: The Continued Evolution of the Law of Penal Negligence » (2008), 60 C.R. (6th) 243, p. 246).

fault element (*J.F.*, at para. 10; see also: *Beatty*, at para. 33; *R. v. Roy*, [2012] 2 S.C.R. 60, at para. 30; *R. v. L. (J.)* (2006), 204 C.C.C. (3d) 324 (Ont. C.A.), at para. 15; *R. v. Al-Kassem*, 2015 ONCA 320, 78 M.V.R. (6th) 183, at para. 6). In the context of criminal negligence causing death, however, the requisite degree of departure has been described as an elevated one — marked *and* substantial (*J.F.*, at para. 9, applying *Tutton*, at pp. 1430-31, and *R. v. Sharp* (1984), 12 C.C.C. (3d) 428 (Ont. C.A.)).

[22] These standards have much in common. They both ask whether the accused’s actions created a risk to others, and whether “a reasonable person would have foreseen the risk and taken steps to avoid it if possible” (see *Roy*, at para. 36; *Stewart*, at p. 248). The distinction between them has been described as a matter of degree (see *R. v. Fontaine* (2017), 41 C.R. (7th) 330, at para. 27; *R. v. Blostein* (2014), 306 Man. R. (2d) 15, at para. 14). As Healy J.A. explained in *Fontaine*:

These differences of degree cannot be measured by a ruler, a thermometer or any other instrument of calibrated scale. The words “marked and substantial” departure are adjectives used to paraphrase or interpret “wanton or reckless disregard” in section 219 of the Code but they do not, and cannot, indicate any objective and fixed order of magnitude that would have prescriptive value from one case to another. As with the assessment of conduct in cases of criminal negligence, the assessment of fault by the trier of fact is entirely contextual. [para. 27]

[23] In *J.F.*, Fish J. did not fully explain how to distinguish between a “marked” and a “marked and substantial” departure, as the case did not “turn on the nature or extent of the difference between the two standards” (paras. 10-11). In this appeal, as well, the differences in etymology are not dispositive and need not be resolved. In any event, the parties argued on the basis that the proper threshold for criminal negligence causing death is a “marked and substantial” departure, and that is the basis on which these reasons approach the issue. A conviction for criminal negligence causing death therefore requires the Crown to prove that the accused undertook an act,

conduite dangereuse, un écart « marqué » correspond à l’élément de faute (*J.F.*, par. 10; voir aussi : *Beatty*, par. 33; *R. c. Roy*, [2012] 2 R.C.S. 60, par. 30; *R. c. L. (J.)* (2006), 204 C.C.C. (3d) 324 (C.A. Ont.), par. 15; *R. c. Al-Kassem*, 2015 ONCA 320, 78 M.V.R. (6th) 183, par. 6). Dans le contexte de la négligence criminelle causant la mort, toutefois, le degré d’écart requis a été décrit comme étant élevé, c’est-à-dire marqué *et* important (*J.F.*, par. 9, appliquant *Tutton*, p. 1430-1431, et *R. c. Sharp* (1984), 12 C.C.C. (3d) 428 (C.A. Ont.)).

[22] Ces normes ont beaucoup de traits communs. Elles posent toutes deux la question de savoir si les actions de l’accusé ont créé un risque pour d’autres personnes, et si « une personne raisonnable aurait prévu le risque et pris les mesures pour l’éviter si possible » (voir *Roy*, par. 36; *Stewart*, p. 248). La distinction entre ces normes a été décrite comme étant une question de degré (voir *R. c. Fontaine* (2017), 41 C.R. (7th) 330, par. 27; *R. c. Blostein* (2014), 306 Man. R. (2d) 15, par. 14). Comme l’a expliqué le juge Healy dans *Fontaine* :

Ces différences de degré ne peuvent être mesurées au moyen d’une règle, d’un thermomètre ou de tout autre instrument étalonné. Les termes « marqué et important » sont de simples adjectifs utilisés pour paraphraser et interpréter l’expression « insouciance déréglée ou téméraire » de l’article 219 du *Code criminel*. Ils ne peuvent pas servir à fixer une échelle de gravité objective qui soit déterminante d’un cas à l’autre. Tant le comportement que la faute doivent s’apprécier de façon entièrement contextuelle par le juge des faits. [par. 27]

[23] Dans l’arrêt *J.F.*, le juge Fish n’a pas expliqué en détail comment faire la distinction entre un écart « marqué » et un écart « marqué et important », étant donné que l’affaire ne « port[ait] ni sur la nature ni sur l’étendue des différences entre ces deux normes » (par. 10-11). Dans le présent pourvoi, également, les différences terminologiques ne sont pas déterminantes et il n’est pas nécessaire qu’elles soient tranchées. Quoi qu’il en soit, en présentant leurs arguments, les parties ont tenu pour acquis que le critère qu’il convient d’appliquer en matière de négligence criminelle causant la mort est l’écart « marqué et important », et c’est sur ce fondement

or omitted to do anything that it was her legal duty to do, and that the act or omission caused the death of another person (the *actus reus*). Based on *J.F.*, the Crown must also establish that the accused's conduct constituted a marked and substantial departure from the conduct of a reasonable person in the accused's circumstances (the fault element).

[24] Turning to unlawful act manslaughter, the following *Criminal Code* provisions apply:

222 (1) A person commits homicide when, directly or indirectly, by any means, he causes the death of a human being.

...

(4) Culpable homicide is murder or manslaughter or infanticide.

(5) A person commits culpable homicide when he causes the death of a human being,

(a) by means of an unlawful act;

(b) by criminal negligence;

(c) by causing that human being, by threats or fear of violence or by deception, to do anything that causes his death; or

(d) by wilfully frightening that human being, in the case of a child or sick person.

...

234 Culpable homicide that is not murder or infanticide is manslaughter.

[25] The *actus reus* of unlawful act manslaughter under s. 222(5)(a) requires the Crown to prove that the accused committed an unlawful act and that the

que j'aborde la question dans les présents motifs. Afin d'obtenir un verdict de culpabilité pour négligence criminelle causant la mort, le ministère public doit donc prouver que l'accusée a commis un acte, ou omis de faire quelque chose qu'il était de son devoir légal d'accomplir, et que l'acte ou l'omission a causé la mort d'autrui (l'*actus reus*). Selon l'arrêt *J.F.*, le ministère public doit en outre établir que la conduite de l'accusée constituait un écart marqué et important par rapport à la conduite d'une personne raisonnable se trouvant dans la situation de l'accusée (l'élément de faute).

[24] En ce qui concerne l'homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal, les dispositions suivantes du *Code criminel* s'appliquent :

222 (1) Commet un homicide quiconque, directement ou indirectement, par quelque moyen, cause la mort d'un être humain.

...

(4) L'homicide coupable est le meurtre, l'homicide involontaire coupable ou l'infanticide.

(5) Une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain :

a) soit au moyen d'un acte illégal;

b) soit par négligence criminelle;

c) soit en portant cet être humain, par des menaces ou la crainte de quelque violence, ou par la supercherie, à faire quelque chose qui cause sa mort;

d) soit en effrayant volontairement cet être humain, dans le cas d'un enfant ou d'une personne malade.

...

234 L'homicide coupable qui n'est pas un meurtre ni un infanticide constitue un homicide involontaire coupable.

[25] L'*actus reus* de l'homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal dont il est question à l'al. 222(5)a) oblige le ministère public

unlawful act caused death (*R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, at pp. 42-43; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, at pp. 959 and 961-62). The underlying unlawful act is described as the “predicate” offence (*DeSousa*, at p. 956; *Creighton*, at p. 42). The predicate offence in Ms. Javanmardi’s case is administering the intravenous injection contrary to s. 31 of Quebec’s *Medical Act*, a strict liability offence.

[26] There has been some uncertainty around whether the Crown must prove that the predicate offence was “objectively dangerous” (see Larry C. Wilson, “Too Many Manslaughters” (2007), 52 *Crim. L.Q.* 433, at p. 459, citing Isabel Grant, Dorothy Chunn and Christine Boyle, *The Law of Homicide* (loose-leaf), at pp. 4-15, 4-16 and 4-20; Stanley Yeo, “The Fault Elements for Involuntary Manslaughter: Some Lessons from Downunder” (2000), 43 *Crim. L.Q.* 291, at p. 293). In my view, the “objective dangerousness” requirement adds nothing to the analysis that is not captured within the fault element of unlawful act manslaughter — objective foreseeability of the risk of bodily harm that is neither trivial nor transitory (*Creighton*, at pp. 44-45). An unlawful act, accompanied by objective foreseeability of the risk of bodily harm that is neither trivial nor transitory, is an objectively dangerous act.

[27] Support for this position is found in *DeSousa*, which has been cited as the definitive statement of the fault element of unlawful act manslaughter (*Creighton*, at pp. 44-45). In *DeSousa*, Sopinka J. considered the meaning of “unlawful act” for the purposes of the offence of unlawfully causing bodily harm, concluding that the unlawful act must be objectively dangerous in the sense that there is objective foreseeability of bodily harm:

English authority has consistently held that the underlying unlawful act required by its manslaughter offence requires proof that the unlawful act was “likely to injure

à prouver que l’accusé a commis un acte illégal et que l’acte illégal a causé la mort (*R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, p. 42-43; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, p. 959 et 961-962). On qualifie l’acte illégal d’infraction « sous-jacente » (*DeSousa*, p. 956; *Creighton*, p. 42). Dans le cas de M^{me} Javanmardi, l’infraction sous-jacente est d’avoir administré une injection intraveineuse en contravention de l’art. 31 de la *Loi médicale* du Québec, une infraction de responsabilité stricte.

[26] Il y a eu une certaine incertitude entourant la question de savoir si le ministère public doit prouver que l’infraction sous-jacente était « objectivement dangereuse » (voir Larry C. Wilson, « Too Many Manslaughters » (2007), 52 *Crim. L.Q.* 433, p. 459, citant Isabel Grant, Dorothy Chunn et Christine Boyle, *The Law of Homicide* (feuilles mobiles), p. 4-15, 4-16 et 4-20; Stanley Yeo, « The Fault Elements for Involuntary Manslaughter : Some Lessons from Downunder » (2000), 43 *Crim. L.Q.* 291, p. 293). À mon avis, l’exigence relative à l’« objectivité dangereuse » n’ajoute rien à l’analyse qui n’est pas comprise dans l’élément de faute de l’homicide involontaire coupable commis au moyen d’un acte illégal — la prévisibilité objective du risque de lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère (*Creighton*, p. 44-45). Un acte illégal, accompagné d’une prévisibilité objective du risque de lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère, est un acte objectivement dangereux.

[27] Cette position est étayée par l’arrêt *DeSousa*, qui a été cité comme représentant un énoncé faisant autorité quant à l’élément de faute de l’homicide involontaire coupable commis au moyen d’un acte illégal (*Creighton*, p. 44-45). Dans l’arrêt *DeSousa*, le juge Sopinka a examiné le sens de l’expression « acte illégal » en ce qui concerne l’infraction d’infliction illégale de lésions corporelles, et a conclu que l’acte illégal doit être objectivement dangereux en ce sens que les lésions corporelles sont objectivement prévisibles :

La jurisprudence anglaise a toujours maintenu que l’acte illégal sous-jacent requis dans le cas d’homicide involontaire coupable exige la preuve que l’acte illégal était

another person” or in other words put the bodily integrity of others at risk (see also *R. v. Hall* (1961), 45 Cr. App. R. 366 (C.C.A.); *R. v. Church* (1965), 49 Cr. App. R. 206 (C.C.A.); *Director of Public Prosecutions v. Newbury* (1976), 62 Cr. App. R. 291 (H.L.), and *Director of Public Prosecutions v. Daley* (1978), 69 Cr. App. R. 39 (P.C.)). This position has also been adopted by most Canadian courts. [p. 959]

[28] Subsequent cases and academic writing confirm that there is no independent *actus reus* requirement of objective dangerousness. As Patrick Healy observed, this Court in *Creighton* agreed that the element of dangerousness connotes an element of fault (“The *Creighton* Quartet: Enigma Variations in a Lower Key” (1993), 23 C.R. (4th) 265, at pp. 271-73). Others too have suggested that “dangerousness can be seen as entirely subsumed within the concept of foreseeability of harm, and should be discarded as unnecessarily complicated” (Grant et al., at pp. 4-15 to 4-16; see also *R. v. Plein* (2018), 50 C.R. (7th) 41, at para. 30; *R. v. Kahnpace* (2010), 76 C.R. (6th) 38, at para. 28; *R. v. L.M.*, 2018 NWTTC 6, at para. 31 (CanLII); *R. v. P.S.*, 2018 ONCJ 274, at paras. 205-6 (CanLII)).

[29] There is little benefit, in my view, to inviting judges or juries to first consider the objective “dangerousness” of the accused’s actions in a vacuum, and then duplicate that exercise with the benefit of context when they reach the fault element of the offence. Model jury instructions already avoid this repetition, which introduces unnecessary complexity into the offence of unlawful act manslaughter, increasing the risk of confusion and legal error (the Hon. Justice David Watt, *Watt’s Manual of Criminal Jury Instructions* (2nd ed. 2015), at p. 739; Gerry A. Ferguson and the Hon. Justice Michael R. Dambrot, *CRIMJI: Canadian Criminal Jury Instructions* (4th ed. (loose-leaf)), vol. 2, at p. 6.39-6; National Judicial Institute, *Model Jury Instructions* (online, at D.6)).

[30] As a result, the *actus reus* of unlawful act manslaughter is satisfied by proof beyond a reasonable doubt that the accused committed an unlawful act

« de nature à blesser une autre personne » ou autrement dit mettait en danger l’intégrité physique d’autrui (voir aussi *R. c. Hall* (1961), 45 Cr. App. R. 366 (C.C.A.); *R. c. Church* (1965), 49 Cr. App. R. 206 (C.C.A.); *Director of Public Prosecutions c. Newbury* (1976), 62 Cr. App. R. 291 (H.L.), et *Director of Public Prosecutions c. Daley* (1978), 69 Cr. App. R. 39 (C.P.)). La plupart des tribunaux canadiens ont aussi adopté ce point de vue. [p. 959]

[28] Les décisions subséquentes et la doctrine confirment que l’*actus reus* ne comporte aucune exigence indépendante de dangerosité objective. Comme l’a souligné Patrick Healy, notre Cour dans l’arrêt *Creighton* a convenu que l’élément de dangerosité suggère un élément de faute (« The *Creighton* Quartet : Enigma Variations in a Lower Key » (1993), 23 C.R. (4th) 265, p. 271-273). D’autres auteurs ont suggéré que [TRADUCTION] « la dangerosité peut être vue comme étant entièrement intégrée dans le concept de la prévisibilité du préjudice, et devrait être écartée puisqu’elle est inutilement compliquée » (Grant et autres, p. 4-15 à 4-16; voir aussi *R. c. Plein* (2018), 50 C.R. (7th) 41, par. 30; *R. c. Kahnpace* (2010), 76 C.R. (6th) 38, par. 28; *R. c. L.M.*, 2018 NWTTC 6, par. 31 (CanLII); *R. c. P.S.*, 2018 ONCJ 274, par. 205-206 (CanLII)).

[29] À mon avis, il ne serait guère avantageux d’inviter les juges ou les jurés à examiner d’abord la « dangerosité » objective des actes de l’accusé dans l’abstrait, et à reproduire ensuite cette opération à l’aide du contexte lorsqu’ils arrivent à l’élément de faute de l’infraction. Les modèles de directives au jury évitent déjà une telle répétition, qui ajoute une complexité inutile à l’infraction d’homicide involontaire coupable commis au moyen d’un acte illégal, augmentant le risque de confusion et d’erreur juridique (l’hon. juge David Watt, *Watt’s Manual of Criminal Jury Instructions* (2^e éd. 2015), p. 739; Gerry A. Ferguson et l’hon. juge Michael R. Dambrot, *CRIMJI : Canadian Criminal Jury Instructions* (4^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 6.39-6; Institut national de la magistrature, *Modèles de directives au jury* (en ligne, par. D.6)).

[30] En conséquence, l’élément d’*actus reus* de l’homicide involontaire coupable commis au moyen d’un acte illégal est établi au moyen d’une preuve

that caused death. There is no independent requirement of objective dangerousness.

[31] The fault element of unlawful act manslaughter is, as noted, objective foreseeability of the risk of bodily harm that is neither trivial nor transitory, coupled with the fault element for the predicate offence (*Creighton*, at pp. 42-43; *DeSousa*, at pp. 961-62). I agree with the Court of Appeal that where the predicate offence is one of strict liability, as in this case, the fault element for that offence must be read as a marked departure from the standard expected of a reasonable person in the circumstances (see also *Grant et al.*, at pp. 4-14 to 4-15; Larry C. Wilson, “*Beatty, J.F., and the Law of Manslaughter*” (2010), 47 *Alta. L. Rev.* 651, at pp. 663-64; Kent Roach, *Criminal Law* (7th ed. 2018), at p. 466; *R. v. Curragh Inc.* (1993), 125 N.S.R. (2d) 185 (Prov. Ct.); *R. v. Fournier*, 2016 QCCS 5456, at paras. 62-70 (CanLII); and *L.M.*, at paras. 44-49). This approach aligns with *Creighton*, where McLachlin J. clarified that predicate offences involving carelessness or negligence must be read as requiring a marked departure from the standard of the reasonable person (p. 59).

[32] Both charges against Ms. Javanmardi, therefore, required her conduct to be measured against the standard of a reasonable person in her circumstances — as part of the fault element of both criminal negligence and the predicate offence for unlawful act manslaughter.

[33] This leads me to the Court of Appeal’s reasons for overturning Ms. Javanmardi’s acquittals.

[34] The Court of Appeal held that in acquitting Ms. Javanmardi of both charges, Villemure J. misapplied the “reasonable person” standard. According to the Court of Appeal, Villemure J. erred by referring

hors de tout doute raisonnable que l’accusé a commis un acte illégal qui a causé la mort. Il n’existe pas d’exigence indépendante de dangerosité objective.

[31] L’élément de faute de l’homicide involontaire coupable commis au moyen d’un acte illégal est, comme il a été mentionné, la prévisibilité objective du risque de lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère, à laquelle s’ajoute l’élément de faute de l’infraction sous-jacente (*Creighton*, p. 42-43; *DeSousa*, p. 961-962). Je souscris à l’opinion de la Cour d’appel selon laquelle lorsque l’infraction sous-jacente en est une de responsabilité stricte, comme en l’espèce, l’élément de faute pour cette infraction doit être interprété comme étant un écart marqué par rapport à la norme qu’une personne raisonnable respecterait dans la même situation (voir aussi *Grant et autres*, p. 4-14 à 4-15; Larry C. Wilson, « *Beatty, J.F., and the Law of Manslaughter* » (2010), 47 *Alta. L. Rev.* 651, p. 663-664; Kent Roach, *Criminal Law* (7^e éd. 2018), p. 466; *R. c. Curragh Inc.* (1993), 125 N.S.R. (2d) 185 (C. prov.); *R. c. Fournier*, 2016 QCCS 5456, par. 62-70 (CanLII); et *L.M.*, par. 44-49). Cette démarche est conforme à celle adoptée dans l’arrêt *Creighton*, où la juge McLachlin a précisé que les infractions sous-jacentes comportant un élément de négligence doivent être interprétées comme nécessitant un écart marqué par rapport à la norme de la personne raisonnable (p. 59).

[32] En conséquence, les deux accusations contre M^{me} Javanmardi exigeaient que la conduite de celle-ci soit appréciée par rapport à la norme de la personne raisonnable placée dans la même situation qu’elle — dans le cadre de l’élément de faute à la fois de l’infraction de négligence criminelle et de l’infraction sous-jacente d’homicide involontaire coupable commis au moyen d’un acte illégal.

[33] Cela m’amène aux raisons pour lesquelles la Cour d’appel a annulé les acquittements de M^{me} Javanmardi.

[34] La Cour d’appel a conclu que lorsqu’elle a acquitté M^{me} Javanmardi des deux accusations, la juge Villemure avait mal appliqué la norme de la « personne raisonnable ». Selon la Cour d’appel, la

to Ms. Javanmardi's training and experience in intravenous injections when deciding whether her conduct constituted a marked departure from that of a reasonable person. In the Court of Appeal's view, evidence of Ms. Javanmardi's academic training was not relevant to the nature and circumstances of the activity.

[35] With respect, I see no error in how Villemure J. assessed the reasonableness of Ms. Javanmardi's conduct.

[36] This Court most comprehensively considered how to assess and apply the reasonable person standard in *Creighton*. In that case, a woman died as a result of a cocaine injection given to her by Marc Creighton, a drug dealer. McLachlin J. clarified that the modified objective standard is "that of the reasonable person in all the circumstances of the case" (p. 41). She endorsed the "reasonable person" standard in order to maintain "a uniform standard for all persons . . . regardless of their background, education or psychological disposition" (p. 60). In her view, "[w]ithout a constant minimum standard, the duty imposed by the law would be eroded and the criminal sanction trivialized" (p. 70). She concluded that Mr. Creighton's habitual drug use was not to be considered in setting the "reasonable person" standard.

[37] McLachlin J. explained, however, that greater care may be expected of the "reasonable person" on the basis of the nature and circumstances of the activity (p. 72). Certain activities, for example, require special attention and skill. An accused undertaking such an activity may be found to have breached the reasonable person standard if he or she is not qualified to provide the special care that the activity requires, or negligently failed to exercise such care while engaged in the activity. In this way, the law maintains a "constant minimum standard" for every person who engages in an activity requiring special

juge Villemure a eu tort de prendre en considération la formation et l'expérience de M^{me} Javanmardi relativement à l'administration d'injections intraveineuses lorsqu'elle a décidé si sa conduite constituait un écart marqué par rapport à la conduite d'une personne raisonnable. De l'avis de la Cour d'appel, la preuve de la formation de M^{me} Javanmardi n'était pas pertinente en ce qui concerne la nature et les circonstances de l'activité.

[35] Soit dit en tout respect, je ne vois aucune erreur dans la manière dont la juge Villemure a apprécié le caractère raisonnable de la conduite de M^{me} Javanmardi.

[36] C'est dans l'arrêt *Creighton* que notre Cour a examiné de la manière la plus complète la façon d'évaluer et d'appliquer la norme de la personne raisonnable. Dans cette affaire, une femme est décédée des suites d'une injection de cocaïne que lui avait donnée Marc Creighton, un trafiquant de drogue. La juge McLachlin a précisé que la norme objective modifiée « est celle de la personne raisonnable se trouvant dans la même situation » (p. 41). Elle a adopté la norme de la « personne raisonnable » afin qu'une « norme uniforme [soit] applicable à toutes les personnes [. . .] indépendamment de leurs antécédents, de leur degré d'instruction ou de leur état psychologique » (p. 60). À son avis, « [e]n l'absence d'une norme minimale constante, l'obligation juridique se trouverait être minée et la sanction pénale banalisée » (p. 70). Elle a conclu que la consommation régulière de drogues de M. Creighton ne devait pas être prise en compte pour fixer la norme de la « personne raisonnable ».

[37] La juge McLachlin a toutefois expliqué qu'une plus grande prudence peut être attendue d'une « personne raisonnable » selon la nature et les circonstances dans lesquelles s'exerce l'activité (p. 72). Certaines activités, par exemple, nécessitent une attention et des compétences particulières. Il peut être conclu qu'un accusé qui se livre à une telle activité a contrevenu à la norme de la personne raisonnable s'il n'est pas qualifié pour exercer la prudence nécessaire qu'exige l'activité, ou s'il a négligé d'exercer une telle prudence lorsqu'il s'est livré à l'activité. De cette façon, le droit assure une « norme minimale constante » pour

care and skill: they must be both qualified *and* exercise the special care that the activity requires.

[38] *Creighton's* activity-sensitive approach to the modified objective standard has been applied in a variety of contexts, including in cases involving driving, hunting and parenting (*Beatty*, at para. 40; *R. v. Gendreau*, 2015 QCCA 1910, at para. 30 (CanLII); *J.F.*, at paras. 8-9). These decisions confirm that while the standard is not determined by the accused's personal characteristics, it *is* informed by the activity. In this case, the activity is administering an intravenous injection, and the standard to be applied is that of the reasonably prudent naturopath in the circumstances.

[39] In measuring Ms. Javanmardi's conduct against this standard, Villemure J. was not only entitled, she was obliged to consider her prior training, experience and qualifications as a naturopath. Where the Crown's theory is, as it is in this case, that the accused engaged in an activity without the requisite training and knowledge, the accused's activity-specific knowledge and experience are clearly relevant to determining whether the applicable standard of care was met. An accused's training and experience may, for example, be used to rebut an allegation of being unqualified to engage in an activity. Evidence of training and experience may also be used to show how a reasonable person would have performed the activity in the circumstances.

[40] In this case, Ms. Javanmardi's professional experience and her education were relevant in determining whether she was qualified for the activity in which she was engaged and were, as a result, relevant in determining whether she met the applicable standard of care. I see no error in Villemure J.'s treatment of this evidence, which the defence adduced to rebut the allegation that Ms. Javanmardi was not qualified to administer an intravenous injection. The

toute personne qui se livre à une activité exigeant une diligence et des compétences particulières : ces personnes doivent à la fois être qualifiées *et* exercer la prudence particulière qu'exige l'activité.

[38] La démarche tenant compte des activités adoptée relativement à la norme objective modifiée dans l'arrêt *Creighton* a été appliquée dans divers contextes, notamment dans des affaires relatives à la conduite, à la chasse et à l'éducation des enfants (*Beatty*, par. 40; *R. c. Gendreau*, 2015 QCCA 1910, par. 30 (CanLII); *J.F.*, par. 8-9). Ces décisions confirment que même si la norme n'est pas établie en fonction des caractéristiques personnelles de l'accusé, elle *est* toutefois fondée sur l'activité. En l'espèce, l'activité est l'administration d'une injection intraveineuse, et la norme à appliquer est celle de la naturopathe raisonnablement prudente dans les circonstances.

[39] Lorsqu'elle a évalué la conduite de M^{me} Javanmardi par rapport à cette norme, la juge Villemure n'était pas seulement en droit de prendre en considération sa formation, son expérience et ses compétences en tant que naturopathe, elle en avait l'obligation. Lorsque, comme en l'espèce, le ministère public prétend que l'accusé s'est livré à une activité sans la formation et les connaissances requises, les connaissances et l'expérience de l'accusé propres à l'activité sont manifestement pertinentes pour établir si la norme de diligence applicable a été respectée. La formation et l'expérience de l'accusé peuvent, par exemple, être utilisées pour réfuter une allégation selon laquelle il n'est pas qualifié pour se livrer à l'activité. La preuve relative à la formation et à l'expérience peut aussi être utilisée pour montrer la façon dont une personne raisonnable se serait livrée à l'activité dans les circonstances.

[40] Dans l'affaire qui nous occupe, l'expérience professionnelle de M^{me} Javanmardi et ses études étaient pertinentes pour établir si elle était qualifiée pour exercer l'activité à laquelle elle se livrait, et étaient donc pertinentes pour établir si elle satisfaisait à la norme de diligence applicable. J'estime que la juge Villemure n'a commis aucune erreur dans sa façon de traiter cette preuve, que la défense a présentée afin de réfuter l'allégation portant que

Court of Appeal, with respect, erred in overturning Ms. Javanmardi's acquittals on this basis.

[41] The Court of Appeal also erred in disturbing Ms. Javanmardi's acquittals based on its conclusion that her conduct markedly departed from that of a reasonable person. This conclusion, with respect, cannot be squared with Villemure J.'s findings of fact. Based on these findings, which the Court of Appeal inexplicably replaced with its own, Villemure J. concluded that Ms. Javanmardi's conduct did not constitute a marked departure from that of a reasonable person in her circumstances. As explained above, Villemure J. found that Ms. Javanmardi was properly qualified to administer intravenous injections; aligned her practice with established professional standards in other jurisdictions; purchased nutrients from a reputable Ontario pharmacy; chose nutrients that were appropriate for Mr. Matern's condition; stored and preserved the vial used for the intravenous injection in a manner consistent with the properties of the vial and the instructions of the supplying pharmacist; and took the necessary precautions at every stage of administering the intravenous injection, including observing sufficient protocols to prevent sepsis.

[42] This Court has frequently cautioned against appellate courts transforming their opposition to a trial judge's factual findings and inferences into attributed legal errors (*R. v. George*, [2017] 1 S.C.R. 1021, at para. 17). There is no basis for overturning Villemure J.'s findings or her conclusion that the marked departure threshold was not met. It was not open to the Court of Appeal, with respect, to reweigh the evidence or substitute its own factual findings on this critical issue.

[43] Nor was the Court of Appeal justified in interfering with the acquittal for criminal negligence

M^{me} Javanmardi n'était pas qualifiée pour administrer l'injection intraveineuse. Soit dit en tout respect, la Cour d'appel a eu tort d'annuler les acquittements de M^{me} Javanmardi pour ce motif.

[41] La Cour d'appel a aussi commis une erreur en intervenant à l'égard des acquittements de M^{me} Javanmardi sur le fondement de sa conclusion selon laquelle la conduite de celle-ci constituait un écart marqué par rapport à celle d'une personne raisonnable. Soit dit en tout respect, cette conclusion ne peut être conciliée avec les conclusions de fait de la juge Villemure. Sur le fondement de ces conclusions, que la Cour d'appel a inexplicablement remplacées par les siennes, la juge Villemure a conclu que la conduite de M^{me} Javanmardi ne constituait pas un écart marqué par rapport à celle d'une personne raisonnable dans la même situation. Comme je l'ai expliqué plus tôt, la juge Villemure a conclu que M^{me} Javanmardi était dûment qualifiée pour administrer les injections intraveineuses; elle orientait sa pratique en fonction de normes professionnelles établies dans d'autres provinces; elle achetait des nutriments d'une pharmacie ontarienne de bonne réputation; elle avait choisi des nutriments adaptés au problème de santé de M. Matern; elle avait entreposé et conservé la fiole utilisée pour l'injection intraveineuse de façon conforme aux propriétés de la fiole et aux instructions du pharmacien qui l'avait fournie; et elle avait pris les précautions nécessaires à chaque étape de l'administration de l'injection intraveineuse, notamment en respectant des protocoles suffisants pour éviter la sepsie.

[42] Notre Cour a maintes fois indiqué que les cours d'appel doivent prendre garde de ne pas assimiler leur opposition aux conclusions et inférences factuelles du juge du procès à de prétendues erreurs de droit (*R. c. George*, [2017] 1 R.C.S. 1021, par. 17). Rien ne justifie d'infirmer les constatations de la juge Villemure ou sa conclusion selon laquelle le critère de l'écart marqué n'avait pas été satisfait. Soit dit avec respect, il n'était pas loisible à la Cour d'appel de réévaluer la preuve ou de remplacer les constatations de fait sur ces questions cruciales par les siennes.

[43] Il n'était pas non plus justifié que la Cour d'appel modifie l'acquiescement à l'égard de l'accusation

causing death because Villemure J. had misstated the applicable legal standard. The Court of Appeal concluded that by applying the marked departure instead of the marked *and substantial* departure standard, Villemure J. erred. She did, but since Villemure J. found that Ms. Javanmardi's conduct did not meet the *lower* threshold of a marked departure from the reasonable person standard, she would not have found that the conduct satisfied the *higher* standard of a marked and substantial departure. The erroneous articulation of the fault element for criminal negligence causing death was therefore irrelevant to the outcome.

[44] With respect to the acquittal for unlawful act manslaughter, the Court of Appeal held that Villemure J. erred in law by failing to recognize that intravenous injections are objectively dangerous. As I have explained, objective dangerousness is no longer an independent requirement of unlawful act manslaughter — it has been subsumed in the fault element of whether there was an objectively foreseeable risk of bodily harm. All of Villemure J.'s factual findings, which were based on the evidence, amply support the conclusion that an intravenous injection, performed properly by a naturopath qualified to administer such injections, did not pose an objectively foreseeable risk of bodily harm in the circumstances. Villemure J. considered both the act being performed and the person performing it, as she was required to do when assessing whether a risk of bodily harm is objectively foreseeable in the context of an activity requiring special care. The Court of Appeal erred in substituting its view that an intravenous injection is objectively dangerous regardless of the circumstances in which it is administered.

[45] I do, however, agree with the Court of Appeal that Villemure J. erred in her articulation of the fault

de négligence criminelle causant la mort parce que la juge Villemure avait mal énoncé la norme juridique applicable. La Cour d'appel a conclu qu'en appliquant la norme de l'écart marqué plutôt que celle de l'écart marqué *et important*, la juge Villemure a commis une erreur. Elle a en effet commis une erreur, mais puisqu'elle a conclu que la conduite de M^{me} Javanmardi ne satisfaisait pas au critère *moins rigoureux* de l'écart marqué par rapport à la norme de la personne raisonnable, elle n'aurait pas conclu que la conduite satisfaisait à la norme *plus rigoureuse* de l'écart marqué et important. La formulation erronée de l'élément de faute requis pour la négligence criminelle causant la mort était donc sans importance quant au résultat.

[44] Pour ce qui est de l'acquittement à l'égard de l'accusation d'homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal, la Cour d'appel a conclu que la juge Villemure avait commis une erreur de droit en omettant de reconnaître que les injections intraveineuses sont objectivement dangereuses. Comme je l'ai expliqué, la dangerosité objective n'est plus une exigence indépendante de l'homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal; elle a été intégrée à l'élément de faute, qui consiste à savoir s'il y avait un risque objectivement prévisible de lésions corporelles. Toutes les constatations de fait de la juge Villemure, lesquelles étaient fondées sur la preuve, appuient amplement la conclusion selon laquelle une injection intraveineuse, dûment exécutée par un naturopathe qualifié pour administrer de telles injections, ne posait pas de risque objectivement prévisible de lésions corporelles dans les circonstances. La juge Villemure a tenu compte à la fois de l'acte exécuté et de la personne qui l'exécutait, comme elle était tenue de le faire pour décider si un risque de lésions corporelles était objectivement prévisible dans le contexte d'une activité nécessitant une prudence particulière. La Cour d'appel a eu tort de remplacer l'opinion de la juge par son opinion suivant laquelle une injection intraveineuse est un acte objectivement dangereux, quelles que soient les circonstances dans lesquelles elle est administrée.

[45] Cependant, je conviens avec la Cour d'appel que la juge Villemure a commis une erreur dans sa

element for unlawful act manslaughter by stating that it required objective foreseeability of a risk of death. The proper test is objective foreseeability of a risk of bodily harm that is neither trivial nor transitory. But this error was immaterial, because even had Villemure J. applied the proper test, she would still have acquitted Ms. Javanmardi based on her conclusion that the intravenous injection was not objectively dangerous, because a reasonable person in these circumstances would not have foreseen a risk of *harm*.

[46] I would therefore allow the appeal and restore the acquittals for both criminal negligence causing death and unlawful act manslaughter. In view of these conclusions, it is unnecessary to consider the constitutional issues.

English version of the reasons of Wagner C.J. and Rowe J. delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting) —

I. Introduction

[47] Is administering an injection to another person an objectively dangerous act? Does the answer to this question depend on the training or experience of the person performing the act? These are the questions raised by this appeal. Like the Court of Appeal, I would answer the first in the affirmative and the second in the negative. I would order a new trial on both charges.

[48] Ms. Javanmardi, who practiced naturopathy in Quebec, administered injections to her clients without being legally authorized to do so. It is admitted that she did so knowingly and regularly for several years, thereby committing the offence of practising medicine illegally, a provincial penal offence of strict liability.

formulation de l'élément de faute requis pour l'homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal en affirmant qu'il exigeait la prévisibilité objective d'un risque de décès. Le critère approprié est la prévisibilité objective d'un risque de lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère. Toutefois, cette erreur était sans importance, car même si la juge Villemure avait appliqué le bon critère, elle aurait quand même acquitté M^{me} Javanmardi, vu sa conclusion selon laquelle l'injection intraveineuse n'était pas objectivement dangereuse, puisqu'une personne raisonnable dans la même situation n'aurait pas prévu le risque de *préjudice*.

[46] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les acquittements relativement aux accusations de négligence criminelle causant la mort et d'homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal. Compte tenu de ces conclusions, il n'est pas nécessaire d'examiner les questions constitutionnelles.

Les motifs du juge en chef Wagner et du juge Rowe ont été rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissident) —

I. Introduction

[47] Administrer une injection à une autre personne est-il un acte objectivement dangereux? La réponse à cette question varie-t-elle selon la formation ou l'expérience que possède la personne qui accomplit ce geste? Voilà les questions que pose le présent pourvoi. À l'instar de la Cour d'appel, je suis d'avis de répondre positivement à la première et négativement à la seconde. J'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès à l'égard des deux chefs d'accusation.

[48] Madame Javanmardi, qui pratique la naturopathie au Québec, administre des injections à ses clients sans être légalement autorisée à le faire. Il est admis qu'elle le fait en toute connaissance de cause, et ce, régulièrement depuis plusieurs années, se rendant ainsi coupable de l'infraction de pratique illégale de la médecine, une infraction pénale provinciale de responsabilité stricte.

[49] In 2008, a vial in Ms. Javanmardi's clinic was, unbeknownst to her, contaminated by a bacterium. Ms. Javanmardi drew a substance from that vial to administer an injection to Mr. Roger Matern, which caused him to develop septic shock that proved to be fatal. She was charged with criminal negligence causing death and unlawful act manslaughter. Ms. Javanmardi was initially acquitted of both charges by the trial court (C.Q., No. 500-01-013474-082, April 8, 2015). The Crown then appealed to the Court of Appeal, which convicted Ms. Javanmardi of the latter charge and ordered a new trial on the former (2018 QCCA 856, 47 C.R. (7th) 296). Ms. Javanmardi is asking this Court to restore the initial acquittals.

[50] The two charges in question are based on the unlawful injection given by Ms. Javanmardi to Mr. Matern on June 12, 2008. The uncontested evidence shows that such an act is objectively dangerous because the injection of a substance across physiological barriers poses inherent risks. In addition, the contaminated vial used by Ms. Javanmardi was a "single-dose" vial and contained no preservative. In spite of this, she had previously used it for two other clients the morning of June 12, contrary to the recommended practice.

[51] The trial court nonetheless acquitted Ms. Javanmardi, stating that it had a reasonable doubt as to whether the unlawful injection was objectively dangerous and as to whether her conduct amounted to a *marked departure* from the standard of care that applied in the circumstances.

[52] With respect, by refusing to find that the unlawful injection was objectively dangerous, the trial court failed to arrive at the legal conclusion that was necessary in light of the facts as found. This was an error of law (*R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197), whose impact is such that it requires a new trial (*Vézéau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Graveline*,

[49] En 2008, une fiole se trouvant dans la clinique de M^{me} Javanmardi est contaminée à l'insu de cette dernière par une bactérie. Madame Javanmardi puise une substance dans cette fiole pour administrer une injection à M. Roger Matern, provoquant chez lui un choc septique qui s'avérera mortel. Elle est accusée de négligence criminelle causant la mort et d'homicide involontaire coupable au moyen d'un acte illégal. Madame Javanmardi est d'abord acquittée des deux chefs d'accusation par le tribunal de première instance (C.Q., n° 500-01-013474-082, 8 avril 2015). Le ministère public se pourvoit par la suite devant la Cour d'appel, qui déclare M^{me} Javanmardi coupable du second chef d'accusation et ordonne la tenue d'un nouveau procès pour le premier (2018 QCCA 856, 47 C.R. (7th) 296). Madame Javanmardi demande à notre Cour de rétablir les verdicts d'acquiescement initiaux.

[50] Les deux chefs d'accusation en cause ont pour fondement l'injection illégale pratiquée le 12 juin 2008 par M^{me} Javanmardi sur la personne de M. Matern. La preuve non contestée révèle qu'un tel geste est objectivement dangereux, étant donné que l'injection d'une substance au travers des barrières physiologiques présente des risques inhérents. De plus, la fiole contaminée utilisée par M^{me} Javanmardi était de type « unidose » et ne contenait pas d'agent de conservation. Elle l'avait néanmoins préalablement utilisée à l'égard de deux autres clients le matin du 12 juin, et ce, contrairement à la pratique recommandée.

[51] Malgré cela, le tribunal de première instance a acquitté M^{me} Javanmardi, affirmant entretenir un doute raisonnable relativement à la question de savoir si l'injection illégale effectuée était objectivement dangereuse et si la conduite de M^{me} Javanmardi constituait un *écart marqué* par rapport à la norme de diligence applicable dans les circonstances.

[52] Avec égards, en refusant de conclure que l'injection illégale était objectivement dangereuse, le tribunal a omis de tirer la conclusion de droit qui s'imposait au vu des faits avérés. Il s'agit d'une erreur de droit (*R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197) dont l'incidence est telle qu'elle commande la tenue d'un nouveau procès (*Vézéau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Morin*, [1988]

2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. George*, 2017 SCC 38, [2017] 1 S.C.R. 1021). Although the court made other errors, this one was the most important because it was made earlier in the decision and therefore magnified the impact of the errors that followed it.

[53] I will begin by discussing the essential elements of the offence of manslaughter in order to expand slightly on my colleague's review of this subject. I will then consider the two main errors made by the trial court, focusing particularly on the objective dangerousness of the act in question.

II. Unlawful Act Manslaughter

[54] The offence of unlawful act manslaughter is quite particular. Because it requires proof of an underlying unlawful act, the offence has two cumulative fault elements: the *mens rea* of the underlying act and the *mens rea* specific to manslaughter. This two-tiered structure also makes the offence more complicated in nature. It is therefore important, first and foremost, to identify each of its elements with precision.

A. *Actus Reus*

[55] The *actus reus* of unlawful act manslaughter has three elements: (1) an underlying unlawful act; (2) the objective dangerousness of that act; and (3) a causal connection between the act and the death.

(1) Unlawful Act

[56] In my view, a verdict of manslaughter can validly be based on either a federal underlying offence or a provincial underlying offence. This is in fact implicit in my colleague's reasons. As she notes, absolute liability offences are clearly excluded, whether they were enacted by Parliament or by a legislature (*R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, at p. 957).

2 R.C.S. 345; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. George*, 2017 CSC 38, [2017] 1 R.C.S. 1021). Bien que le tribunal ait commis d'autres erreurs, il s'agit là de la plus importante, puisqu'elle est survenue en amont et a en conséquence aggravé l'incidence de celles qui ont suivi.

[53] Je traiterai d'abord des éléments essentiels de l'infraction d'homicide involontaire coupable, afin d'ajouter quelques précisions à l'exposé de ma collègue sur le sujet. J'analyserai ensuite les deux erreurs principales commises par le tribunal de première instance, en portant une attention particulière au caractère objectivement dangereux de l'acte en cause.

II. Homicide involontaire coupable au moyen d'un acte illégal

[54] L'infraction d'homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal présente une particularité de taille. Parce qu'elle requiert la preuve d'un acte illégal sous-jacent, cette infraction comprend deux éléments de faute cumulatifs, soit la *mens rea* de l'acte sous-jacent et la *mens rea* propre à l'homicide involontaire coupable. De plus, la structure à deux niveaux de l'infraction en complique la nature. Il importe donc d'abord et avant tout d'identifier précisément chacun de ses éléments constitutifs.

A. *Actus reus*

[55] L'*actus reus* de l'homicide involontaire coupable commis au moyen d'un acte illégal se divise en trois éléments : (1) un acte illégal sous-jacent; (2) le caractère objectivement dangereux de cet acte; et (3) le lien causal de celui-ci avec le décès.

(1) Un acte illégal

[56] Je suis d'avis que tant une infraction sous-jacente fédérale qu'une infraction sous-jacente provinciale peuvent valablement fonder un verdict d'homicide involontaire coupable. Cette constatation ressort d'ailleurs implicitement des motifs de ma collègue. Comme elle le rappelle, les infractions de responsabilité absolue, quel que soit le législateur qui les a édictées, sont évidemment exclues (*R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, p. 957).

[57] Once an unlawful act is proved, the first element of the *actus reus* (the underlying unlawful act) is therefore satisfied. The court must then consider the second element, that is, the requirement that the unlawful act be objectively dangerous. It is this element that is central to these proceedings.

(2) Objectively Dangerous Conduct

[58] In addition to being unlawful, the impugned act must be objectively dangerous; in other words, it must be an act that a reasonable person would know is likely to subject another person to a risk of bodily harm (*DeSousa*, at p. 961). My colleague is of the view that this element is superfluous in the case of manslaughter because it duplicates the fault element, that is, foreseeability of the risk of bodily harm (*R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, at p. 24).

[59] While the objectively dangerous conduct is relevant to the *actus reus* and to the fault element, it cannot be said that it is assessed from the same perspective at both stages of the analysis. The *actus reus* will be proved if the court is satisfied that the accused did something that a reasonable person would have known was likely to subject another person to a risk of harm. In considering the *actus reus*, the court is not to assess the extent to which the accused's conduct departed from this standard of care or the accused's state of mind. Rather, the *actus reus* of penal negligence, like that of civil negligence, will be established where the court is satisfied that the impugned conduct deviated from the standard expected of a reasonably prudent person. This evidentiary threshold reflects the fact that, at this stage of the analysis, the court is considering whether the accused committed the physical element of the offence, not whether the accused had the state of mind required for a conviction.

[60] The second element of the *actus reus*, the objective dangerousness of the unlawful act, is therefore assessed without reference to the accused's personal characteristics. This does not involve the application of the modified objective test, which allows the court to consider limited contextual factors.

[57] Ainsi, une fois établie la preuve de l'acte illégal, le premier élément de l'*actus reus* (l'acte illégal sous-jacent) est respecté. Vient ensuite le second élément, à savoir l'exigence requérant que l'acte illégal commis soit objectivement dangereux. C'est cet élément qui est au cœur du présent débat.

(2) Un comportement objectivement dangereux

[58] En plus d'être illégal, l'acte reproché doit être objectivement dangereux, c'est-à-dire qu'il doit constituer un acte qu'une personne raisonnable sait être de nature à faire courir un risque de blessures à autrui (*DeSousa*, p. 961). Ma collègue est d'avis que cet élément est superflu en matière d'homicide involontaire coupable, faisant double emploi avec l'élément de faute, soit la prévisibilité du risque de lésions corporelles (*R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, p. 24).

[59] Si le comportement objectivement dangereux est pertinent en ce qui concerne l'*actus reus* et l'élément de faute, on ne saurait dire qu'il s'apprécie sous le même angle aux deux étapes de l'analyse. L'*actus reus* sera prouvé si le tribunal est convaincu que l'accusé a accompli un geste qu'une personne raisonnable aurait su être de nature à faire courir un risque de blessures à autrui. Lors de l'examen de l'*actus reus*, le tribunal n'est pas appelé à apprécier l'étendue de l'écart de comportement par rapport à cette norme de diligence, ni l'état mental de l'accusé. Tout comme dans le cas de la négligence civile, en matière de négligence pénale, l'*actus reus* est plutôt établi lorsque le tribunal est convaincu que le comportement reproché déroge à la norme qu'une personne raisonnablement prudente est censée respecter. Ce seuil de preuve s'explique du fait que, à cette étape de l'analyse, le tribunal cherche à savoir si l'accusé a commis l'élément matériel de l'infraction et non s'il avait l'état d'esprit nécessaire pour être reconnu coupable.

[60] Ainsi, le second élément de l'*actus reus* qu'est le caractère objectivement dangereux de l'acte illégal s'évalue sans égard aux caractéristiques personnelles de l'accusé. Il ne s'agit pas d'appliquer le critère objectif modifié, lequel permet au tribunal de tenir compte de facteurs contextuels limités. Ce

That test is instead applied in analyzing *mens rea* and, where it is met, has the effect of exculpating an accused who has not breached the standard of care sufficiently for criminal liability to be imposed. It is important to note that the relevance of certain contextual factors that is described in *Creighton*, which I will discuss shortly, concerns the analysis of *mens rea*. The guidance provided by McLachlin J. (as she then was) on the consideration of such factors was in the context of the “debate about the degree to which personal characteristics should be reflected in the objective test for fault in offences of penal negligence” (*Creighton*, at p. 60 (emphasis added)).

(3) Causal Connection

[61] In addition to an underlying unlawful act that is objectively dangerous, one last element is required to establish the *actus reus*: a causal connection. Ms. Javanmardi argues for a strict interpretation of this concept. In her submission, this requirement will not be met unless the death results from the unlawful nature of the impugned conduct. She therefore argues that it was not sufficient in the case at bar to connect the death to the injection. Rather, the death had to have been caused by the illegal practice of medicine. I disagree.

[62] To begin with, Ms. Javanmardi’s arguments here are contradictory. At the stage where the causal connection is considered, she defines the act as being the illegal practice of medicine, but in her argument for uniform rules on the matter across provinces and territories, she focuses instead on the act of administering the injection (because, of course, the illegal practice of medicine is prohibited throughout the country). Furthermore, the emphasis she wishes to place on the connection between the unlawful nature of the act and the death is inconsistent with the detailed analytical approach used for negligence. The trial judge’s finding that the injection given by Ms. Javanmardi caused the victim’s death is therefore perfectly valid.

critère s’intègre plutôt à l’analyse de la *mens rea* et a pour effet, lorsqu’il est respecté, de disculper un accusé qui n’a pas suffisamment enfreint la norme de diligence pour que la responsabilité criminelle puisse lui être imputée. Il importe de noter que la pertinence de certains facteurs contextuels qui est décrite dans *Creighton* et dont je traiterai sous peu se rapporte à l’analyse de la *mens rea*. En effet, les précisions de la juge McLachlin (plus tard juge en chef) sur la prise en compte de certains facteurs contextuels surviennent dans le cadre du « débat sur la mesure dans laquelle les caractéristiques personnelles devraient se refléter dans le critère objectif servant à déterminer la faute pour les infractions de négligence pénale » (*Creighton*, p. 60 (je souligne)).

(3) Le lien causal

[61] À l’existence d’un acte illégal sous-jacent, acte qui soit objectivement dangereux, s’ajoute le dernier élément requis pour que soit établi l’*actus reus* : le lien causal. Madame Javanmardi préconise une interprétation stricte de ce concept. Selon elle, cette exigence ne sera remplie que si le décès résulte du caractère illégal du comportement reproché. Selon elle, donc, il ne suffisait pas en l’espèce de rattacher le décès à l’injection. Celui-ci devait plutôt avoir été causé par l’exercice illégal de la médecine. J’estime qu’elle a tort.

[62] D’abord, M^{me} Javanmardi plaide ici une chose et son contraire. En effet, alors qu’à l’étape de l’étude du lien causal, elle définit l’acte comme étant l’exercice illégal de la médecine, dans son plaidoyer en faveur de règles uniformes en la matière dans les provinces et territoires, elle insiste plutôt sur l’acte d’injection (puisque, bien sûr, la pratique illégale de la médecine est proscrite partout au pays). Ensuite, l’accent que souhaite mettre M^{me} Javanmardi sur le lien unissant le caractère illégal de l’acte et le décès s’inscrit en porte-à-faux avec l’approche analytique circonstanciée qui prévaut en matière de négligence. La conclusion de la juge d’instance selon laquelle l’injection administrée par M^{me} Javanmardi a provoqué le décès de la victime est donc parfaitement valide.

B. *Mens Rea*

[63] Unlawful act manslaughter has two cumulative fault elements: the *mens rea* of the underlying act and the fault element specific to manslaughter.

[64] With regard to the underlying act, it is important to note that a verdict of manslaughter can be based on a violation of a statute or of regulations. A number of such violations, whether under a federal or a provincial enactment, involve “strict liability” and therefore lie midway between absolute liability offences, for which there is no fault element, and “*mens rea*” offences, for which the Crown must prove fault. Therefore, as Doyon J.A. wrote for the Quebec Court of Appeal with regard to strict liability:

[TRANSLATION] . . . proving *actus reus* (the material elements of the offence) has the effect of compelling the defendant to deny the presumed intent (or the moral aspect), either by demonstrating his reasonable diligence or by establishing the existence of an error of fact based on reasonable grounds that explains his conduct.

(*Autorité des marchés financiers v. Patry*, 2015 QCCA 1933, at para. 59 (CanLII))

[65] Here, the Court of Appeal and the parties are agreed that, where such an offence forms the basis for a manslaughter charge, the reverse onus used in the case of strict liability offences is not appropriate. To ensure a minimum degree of moral blameworthiness, the Crown must therefore establish a negligent state of mind corresponding to a “marked departure”. The purpose is unquestionably a laudable one: to ensure that the accused had a culpable state of mind reflecting the seriousness of the crime. The fact that strict liability is a form of penal negligence explains the reliance on an objective fault element, that is, *marked departure*.

B. *Mens rea*

[63] L’homicide involontaire coupable commis au moyen d’un acte illégal comporte deux éléments de faute cumulatifs : la *mens rea* de l’acte sous-jacent et l’élément de faute propre à l’homicide involontaire coupable.

[64] En ce qui a trait à l’acte sous-jacent, il importe de rappeler qu’un verdict d’homicide involontaire coupable peut avoir pour fondement un manquement à une loi ou un règlement. Plusieurs manquements de la sorte, qu’ils découlent de textes de loi fédéraux ou provinciaux, sont dits de « responsabilité stricte » et se situent donc à mi-chemin entre les infractions de responsabilité absolue — dépourvues d’élément de faute — et les infractions dites « de *mens rea* » — qui exigent la preuve de celle-ci par le ministère public. Ainsi, comme a écrit le juge Doyon pour la Cour d’appel du Québec, au sujet de la responsabilité stricte :

. . . la preuve de l’*actus reus* (les éléments matériels de l’infraction) a pour conséquence de forcer le défendeur à nier l’intention présumée (ou l’aspect moral), soit en démontrant sa diligence raisonnable, soit en établissant l’existence d’une erreur de fait fondée sur des motifs raisonnables et qui explique sa conduite.

(*Québec (Autorité des marchés financiers) c. Patry*, 2015 QCCA 1933, 26 C.R. (7th) 166, par. 59)

[65] Ici, la Cour d’appel ainsi que les parties s’accordent pour affirmer que, lorsqu’une telle infraction est à l’origine d’une accusation d’homicide involontaire coupable, le renversement du fardeau propre aux infractions de responsabilité stricte est alors inapproprié. Afin de garantir un degré de culpabilité morale minimal, le ministère public doit donc démontrer la présence d’un état d’esprit négligent correspondant à un « écart marqué ». La fin poursuivie est sans contredit louable : garantir la présence d’un état d’esprit coupable qui corresponde à la gravité du crime. Le fait que la responsabilité stricte constitue une forme de négligence pénale explique pour sa part le recours à un élément de faute objectif, soit l’*écart marqué*.

[66] I wish to be clear that, as this Court has repeatedly stated, “[s]hort of incapacity to appreciate the risk or incapacity to avoid creating it, personal attributes such as age, experience and education are not relevant. The standard against which the conduct must be measured is always the same” (*R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49, at para. 40). Every person, regardless of his or her professional training, is required to act in accordance with the standard expected of a reasonably prudent person in the same circumstances.

[67] The fault element for manslaughter is objective foreseeability of the risk of bodily harm, regardless of how the death is caused (through an unlawful act or through criminal negligence) (*Creighton*, at p. 24). It is acknowledged that the trial judge erred in law in this regard, since she found that the fault element required foreseeability of the risk of death. She thus applied the more stringent test proposed by the dissent in *Creighton*, which has never been recognized according to the current state of the law on the matter.

[68] That error on its own might not be sufficient to warrant an order for a new trial, since it was made after the trial judge raised a doubt about the commission of the *actus reus* and can therefore be considered to have been made in *obiter*. However, as I will point out, because the analysis of the *actus reus* (dangerous act) is itself vitiated, the sum of the errors made by the judge warrants an order for a new trial.

III. First Error of Law: Objective Dangerousness of the Unlawful Act

[69] The Court of Appeal expressed the view that the trial judge’s findings of fact led inevitably to the conclusion that the unlawful injection was objectively dangerous:

[TRANSLATION] The findings of fact on which this argument is based are not in dispute: (1) the respondent is not authorized by the laws of Quebec to administer nutrients

[66] Je tiens à préciser que, comme notre Cour l’a rappelé à multiples reprises, « [s]auf incapacité d’apprécier le risque ou incapacité d’éviter de le créer, les qualités personnelles telles que l’âge, l’expérience et le niveau d’instruction ne sont pas pertinentes. La norme par rapport à laquelle le comportement doit être apprécié reste toujours la même » (*R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49, par. 40). Toute personne, quelle que soit sa formation professionnelle, est tenue de se comporter selon la norme que respecterait une personne raisonnablement prudente dans les mêmes circonstances.

[67] En ce qui concerne l’infraction d’homicide involontaire coupable, celle-ci a pour élément de faute la prévisibilité objective du risque de lésions corporelles, et ce, peu importe le moyen par lequel (acte illégal ou négligence criminelle) la mort est causée (*Creighton*, p. 24). Il est admis que la juge d’instance a commis une erreur de droit à ce chapitre, en ce qu’elle a considéré que l’élément de faute requis exigeait la prévisibilité du risque de décès, appliquant ainsi le critère plus exigeant que préconisait la dissidence dans *Creighton*, mais qui n’a jamais été reconnu suivant l’état actuel du droit en la matière.

[68] À elle seule, cette erreur pourrait ne pas suffire pour justifier que soit ordonnée la tenue d’un nouveau procès, puisqu’elle est survenue après que la juge d’instance eut soulevé un doute sur la formation de l’*actus reus*, et qu’elle peut pour cette raison être qualifiée de remarque incidente, d’*obiter*. Or, comme je le soulignerai, étant donné que l’analyse relative à l’*actus reus* (acte dangereux) est elle-même viciée, la somme des erreurs commises par la juge justifie l’ordonnance intimant la tenue d’un nouveau procès.

III. Première erreur de droit : le caractère objectifement dangereux de l’acte illégal

[69] La Cour d’appel a dit être d’avis que les conclusions de fait tirées par la juge d’instance menaient inéluctablement à la conclusion que l’injection illégale était objectivement dangereuse :

Les conclusions factuelles servant de fondement à cet argument ne sont pas contestées : (1) l’intimée n’est pas autorisée par les lois québécoises à administrer des

intravenously to a human being, (2) the respondent administered contaminated substances to Roger Matern intravenously, (3) the contaminated substances were not filtered out by Mr. Matern's digestive system

Intravenous injections pose inherent dangers to humans, including with respect to infection caused by the sudden introduction of microbes and bacteria into the body.

This reasonably foreseeable danger of causing another person bodily harm that is neither transitory nor trivial is not unrelated to the fact that this therapeutic procedure is an act reserved by the provincial legislature to a limited group of health professionals [paras. 92-94]

[70] I am in complete agreement with these remarks, and I would add that it is also not in dispute that Ms. Javanmardi administered the injection that day by drawing, for the third time, from a single-dose vial that had already been used for two other patients, a practice that is contraindicated according to the expert evidence. Moreover, in analyzing the validity of Mr. Matern's consent, the trial judge stated that it could be inferred from the evidence that, before the injection, he and his family [TRANSLATION] "accepted the inherent risks" of the treatment proposed by Ms. Javanmardi knowing that she was not a physician in the traditional sense of the term and that she administered nutrients intravenously (para. 409). It therefore follows that there were indeed risks. All of this should have led the trial court to find that the act was objectively dangerous. The Court of Appeal's intervention was thus warranted.

[71] My colleague maintains that the requirement that the impugned act be objectively dangerous is superfluous and should not be considered when assessing the *actus reus*. In my view, a two-stage analysis is helpful. If the prosecution cannot establish beyond a reasonable doubt that the act committed — considered without regard to the context — was objectively dangerous, then the court does not have to conduct the more thorough analysis required for *mens rea*, which could make it necessary for the accused to advance and prove a defence in order to exculpate

nutriments par voie intraveineuse à un être humain, (2) l'intimée a administré des substances contaminées à Roger Matern par voie intraveineuse, (3) les substances contaminées n'ont pas été filtrées par le système digestif de ce dernier

L'injection par voie intraveineuse comporte pour l'être humain des dangers inhérents, notamment en matière d'infection causée par l'introduction inopinée de microbes et de bactéries dans l'organisme.

Ce danger raisonnablement prévisible de causer à autrui des lésions corporelles qui ne sont ni passagères ni sans importance n'est pas étranger au fait que ce procédé thérapeutique constitue un acte réservé par le législateur provincial à un groupe restreint de professionnels de la santé . . . [par. 92-94]

[70] Je me rallie entièrement à ces propos, et j'ajouterais qu'il n'est pas non plus contesté que M^{me} Javanmardi a procédé à l'injection ce jour-là en puisant pour la troisième fois dans une fiole unidose déjà utilisée pour deux autres patients, une pratique contre-indiquée selon la preuve offerte par les experts. Plus encore, dans son analyse portant sur la validité du consentement de M. Matern, la juge d'instance affirme que la preuve permet d'inférer que, sachant avant l'injection que M^{me} Javanmardi n'est pas un médecin au sens traditionnel du terme et qu'elle administre par intraveineuse des nutriments, M. Matern et sa famille « acceptent les risques inhérents » (par. 409) que comporte le traitement proposé par M^{me} Javanmardi. Il s'ensuit donc qu'il existait bel et bien des risques. Le tout aurait dû amener le tribunal à conclure que l'acte était objectivement dangereux. La Cour d'appel était en conséquence justifiée d'intervenir.

[71] Ma collègue soutient que l'exigence fondée sur le caractère objectivement dangereux de l'acte reproché est superflue et ne doit pas être appréciée lors de l'analyse concernant l'*actus reus*. Pour ma part, j'estime utile de procéder à une analyse en deux temps. Ainsi, si la poursuite ne peut établir hors de tout doute raisonnable que, considéré de manière décontextualisée, le geste accompli était objectivement dangereux, le tribunal n'a pas à procéder à l'analyse plus poussée requise à l'égard de la *mens rea*, laquelle pourrait exiger de l'accusé qu'il présente

himself or herself. However, the analytical framework proposed by my colleague also leads to the conclusion that the trial judge made an error earlier in her decision that magnified the impact of the errors that followed it. Were the *actus reus* of the offence to require only the commission of an unlawful act causing death, the physical element of the offence would clearly be established in the instant case. It is not in dispute that Ms. Javanmardi was not legally authorized to administer an injection to Mr. Matern and that that unlawful act caused his death. The trial judge therefore erred in finding that the *actus reus* had not been established in this case.

IV. Second Error of Law: Consideration of Personal Characteristics

[72] My colleague maintains that the trial judge, in her analysis, relied on Ms. Javanmardi's experience and training to find that a reasonable naturopath in the same circumstances would not have foreseen the risk of bodily harm and that her conduct was therefore not a *marked departure*. My colleague adds that, according to this Court's precedents, the standard of care against which an accused's conduct must be measured may vary depending on the activity performed.

[73] On this point, I agree. It is in fact clear from the reasons of McLachlin J. in *Creighton* that an ordinary day-to-day activity does not, *a priori*, require the same care as brain surgery.

[74] In *Creighton*, the majority stated that a person who engages in an activity that requires special care to be exercised may fail to meet the standard of care either (i) because the person is not qualified to exercise the required care, or (ii) because the person fails to exercise that care (pp. 72-73). At this stage in the analysis, the accused's training may become relevant, depending on what charges have been laid. Where the Crown argues that a person breached the standard of care by engaging in an activity without being qualified to exercise the required care, it is then for the court to consider any evidence adduced to

un moyen de défense et en fasse la preuve pour se disculper. Toutefois, le cadre analytique que propose ma collègue mène également à la conclusion que la juge d'instance a commis, en amont, une erreur qui a aggravé l'incidence des erreurs qui ont suivi. Si l'*actus reus* de l'infraction requérait uniquement la perpétration d'un acte illégal ayant causé la mort, l'élément matériel de l'infraction serait nettement établi en l'espèce. En effet, il n'est pas contesté que M^{me} Javanmardi n'était pas légalement autorisée à administrer une injection à M. Matern et que ce geste illégal a provoqué le décès de celui-ci. La juge d'instance a donc conclu à tort que l'*actus reus* n'était pas établi en l'espèce.

IV. Seconde erreur de droit : prise en compte des caractéristiques personnelles

[72] Ma collègue soutient que la juge du procès appuie son analyse sur l'expérience et la formation de M^{me} Javanmardi pour conclure qu'une naturopathe raisonnable dans les mêmes circonstances n'aurait pas prévu le risque de lésions corporelles et que, en conséquence, le comportement de cette dernière n'avait pas constitué un *écart marqué*. Elle ajoute qu'il ressort des précédents de notre Cour que la norme de diligence au regard de laquelle le comportement d'un accusé doit être mesuré peut varier en fonction de l'activité exercée.

[73] Sur ce point, je suis d'accord. Il ressort effectivement des motifs de la juge McLachlin dans *Creighton* qu'une activité ordinaire de la vie quotidienne ne requiert pas, *a priori*, le même soin qu'une opération chirurgicale au cerveau.

[74] Dans *Creighton*, les juges majoritaires énoncent qu'une personne s'adonnant à une activité nécessitant de cette dernière qu'elle fasse montre, dans l'exercice de celle-ci, d'un soin particulier peut ne pas satisfaire à la norme de diligence soit (i) parce qu'elle n'est pas compétente pour exercer la prudence requise, soit (ii) parce qu'elle omet d'exercer cette prudence (p. 72-73). À cette étape de l'analyse, la formation que possède l'accusé peut, en fonction des accusations qui sont déposées contre lui, devenir pertinente. Lorsque le ministère public prétend qu'une personne a transgressé la norme de diligence

show that the person was in fact qualified. However, the person's experience is not relevant in determining what is required by the standard of care or what special care is required by the activity in question. As McLachlin J. explained, "[a] brain surgeon performing surgery in a grossly negligent way might violate the standard in this second way" (*Creighton*, at p. 73).

[75] The guidance provided by the majority in *Creighton* concerning the ways in which a person may fail to meet an elevated standard of care — either by not being qualified to exercise the care required by the specialized activity or by failing to exercise that care — is relevant in the instant case. According to the evidence, the activity in issue poses inherent risks to health and therefore logically entails an elevated standard of care, including the holding of a permit and the use of multi-dose vials where such a measure is required. Consideration of Ms. Javanmardi's qualifications at the *mens rea* stage was therefore not an error as such. However, I am of the view that the trial judge erred in confining herself to the argument that because Ms. Javanmardi had the training required to administer injections and was accustomed to doing so without any complications occurring, a reasonable person in her position could not have anticipated the risk of bodily harm. In making that finding, the trial judge improperly combined the analyses of the two ways in which a person may fail to meet an elevated standard of care. I will explain.

[76] A review of Ms. Javanmardi's qualifications was necessary because the prosecution alleged that she had failed to meet the standard of care by engaging in a specialized activity without being qualified to do so. This did not obviate the need to analyze the second possibility for breaching the standard of care, that is, failure to exercise the required care. Although it was established that Ms. Javanmardi was qualified to exercise the care required to administer an

en entreprenant une activité sans être compétente pour exercer la prudence requise, il incombe alors au tribunal de se pencher sur la preuve, s'il en est, qui a été présentée en vue d'établir que la personne était en fait compétente. Toutefois, l'expérience de la personne n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer ce qu'exige la norme de diligence ou la prudence spéciale que commande l'activité en question. Comme l'explique la juge McLachlin, « [u]n chirurgien spécialisé dans le domaine, qui pratiquerait d'une manière grossièrement négligente une intervention chirurgicale au cerveau, violerait peut-être la norme de cette seconde façon » (*Creighton*, p. 73).

[75] Les précisions qu'ont données les juges majoritaires dans *Creighton* quant aux façons dont une personne peut manquer à une norme de diligence élevée — soit en n'étant pas compétente pour exercer la prudence requise par l'activité spécialisée, soit en omettant d'exercer cette prudence — sont pertinentes en l'espèce. Selon la preuve, l'activité en cause comporte des risques inhérents pour la santé et implique donc logiquement le respect d'une norme de diligence élevée, y compris le fait d'être titulaire d'un permis et l'utilisation de fioles multidoses lorsqu'une telle mesure est requise. L'examen des qualifications de M^{me} Javanmardi à l'étape de la *mens rea* ne constituait donc pas une erreur en soi. Toutefois, j'estime que la juge d'instance a commis une erreur en se limitant à l'argument selon lequel, comme M^{me} Javanmardi possédait la formation requise pour administrer des injections et qu'elle avait l'habitude de le faire sans que surviennent des complications, une personne raisonnable dans sa situation n'aurait pu anticiper le risque de lésions corporelles. En tirant cette conclusion, la juge d'instance amalgame indûment l'analyse des deux façons dont une personne peut manquer à une norme de diligence élevée. Je m'explique.

[76] Un survol des compétences de M^{me} Javanmardi s'impose, puisque la poursuite lui reproche d'avoir dérogé à la norme de diligence en pratiquant une activité spécialisée sans posséder les compétences nécessaires. Or, cela n'écarte pas l'obligation de procéder à l'analyse de la seconde possibilité de transgression de la norme de diligence, c'est-à-dire le fait d'omettre d'exercer la prudence requise. Même s'il était avéré que M^{me} Javanmardi possède la compétence voulue

intravenous injection, that training could not affect the level of care she had to meet.

[77] The act performed in the instant case was objectively dangerous, and Ms. Javanmardi’s experience does not alter this. The dangerousness of the act would have been established even if it had been performed by a health professional who was authorized to do so: the difference lies rather in Ms. Javanmardi’s qualifications to perform the act in question and in the care exercised in performing it. Injecting a substance across physiological barriers is an “inherently dangerous activity”, like driving (*Beatty*, at para. 31). On this point, the trial judge erred.

[78] Because it was of the view that conduct amounting to a *marked departure* relative to that of a reasonable person had been proved, the Court of Appeal convicted Ms. Javanmardi of the offence of manslaughter. It found only that there was a *marked departure*, because it did not think that the evidence led inevitably to a finding of *marked and substantial* departure. It therefore ordered a new trial on the offence of criminal negligence causing death.

[79] By making Ms. Javanmardi’s training the main point of her analysis, the trial judge failed to consider certain undisputed facts that might establish a marked departure regardless of the experience of the person performing the act in question. I note, for example, the conduct set out below, on which the Court of Appeal relied in finding a marked departure. I agree with the Court of Appeal that, in the same circumstances, a reasonable person would not have:

[TRANSLATION]

- injected a product intravenously into a client without the required medical prescription, but would instead

pour exercer la prudence que nécessite l’administration d’une injection intraveineuse, cette formation ne saurait influencer sur le degré de diligence qu’elle devait respecter.

[77] En l’espèce, le geste accompli était objectivement dangereux et l’expérience de M^{me} Javanmardi n’y change rien. Le caractère dangereux de l’acte aurait été établi même si celui-ci avait été pratiqué par un professionnel de la santé autorisé à l’accomplir : la différence réside plutôt dans les qualifications que possède M^{me} Javanmardi pour pratiquer l’acte en question et dans l’exercice de diligence qui l’accompagne. L’injection d’une substance au travers des barrières physiologiques est une « activité fondamentalement dangereuse », tout comme la conduite automobile (*Beatty*, par. 31). À cet égard, la juge d’instance a commis une erreur.

[78] Étant d’avis que la preuve d’un comportement présentant un *écart marqué* par rapport à celui de la personne raisonnable avait été faite, la Cour d’appel a donc conclu à la culpabilité de M^{me} Javanmardi à l’égard de l’infraction d’homicide involontaire coupable. Elle a uniquement constaté l’existence d’un *écart marqué*, estimant que la preuve n’amenait pas inéluctablement à conclure à un *écart marqué et substantiel*, et elle a en conséquence ordonné la tenue d’un nouveau procès pour l’infraction de négligence criminelle causant la mort.

[79] En faisant de la formation de M^{me} Javanmardi le point principal de son analyse, la juge d’instance a omis de considérer certains faits incontestés qui pourraient établir l’existence d’un écart de comportement marqué, et ce, peu importe l’expérience de la personne qui accomplit l’acte en question. À titre d’exemple, je souligne les gestes énumérés ci-dessous, sur lesquels la Cour d’appel s’est appuyée pour conclure à la présence d’un écart marqué. Je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire que, placée dans les mêmes circonstances, une personne raisonnable n’aurait pas :

- injecté, sans la prescription médicale exigée, un produit par voie intraveineuse à son client, mais aurait plutôt

have administered authorized substances orally, in accordance with the provisions of Quebec's *Medical Act*;

- drawn a product from a single-dose vial three times and then injected it into three different clients;
- violated his or her normal treatment protocol, rather than deviating from it at the insistence of a patient being seen for the first time;
- left it to an untrained member of his or her administrative staff to monitor the client during such a treatment;
- recommended to a patient who was having alarming reactions within minutes of starting treatment (sudden hot flashes followed by shivering, confusion, erratic behaviour, vomiting and generalized weakness) that the patient ingest tea, honey or sweetened juice or be given a massage;
- failed, when faced with symptoms unknown to the person, to refer the client to a physician's care;
- failed, when advised a few hours later that the patient's condition was worsening, to recommend that the patient be taken to a hospital. [para. 120]

It should also be noted that the vial used had no date of manufacture or expiration date on it, that the label showed a concentration that was not the actual concentration and that Ms. Javanmardi did not wear a smock or other proper clothing when she administered the injection (C.A., at para. 87).

[80] Entering a conviction on an appeal from an acquittal is an exceptional measure, and the error of law at issue here is also a rare occurrence. While it is a palpable error as regards the dangerous act, it is not as palpable as regards the *marked departure* standard. I am of the view that Ms. Javanmardi's conduct constitutes a marked departure, particularly because she used a single-dose vial three times, although I acknowledge that the trial judge reached the opposite conclusion and that she had evidence tending to support that conclusion, namely testimony to the effect that public institutions sometimes use

procédé à l'administration de substances autorisées par voie buccale conformément aux dispositions de la *Loi médicale* québécoise;

- puisé à trois reprises dans une fiole unidose, un produit injecté par la suite à trois clients différents;
- dérogé à son protocole thérapeutique normal plutôt que de s'en écarter en succombant à l'insistance d'un patient qu'elle voyait pour la première fois;
- confié à un membre non formé de son personnel administratif la surveillance du client durant un tel traitement;
- recommandé à un patient, présentant des réactions inquiétantes dans les minutes suivant le début du traitement (chaleurs subites suivies de grelottements, état confus, comportement erratique, vomissements et faiblesse généralisée), d'ingurgiter du thé, du miel ou un jus sucré ou encore de lui faire un massage;
- omis, en présence de symptômes inconnus d'elle, de diriger son client vers les soins d'un médecin;
- fait défaut, lorsque prévenue quelques heures plus tard que l'état de son patient s'aggravait, de recommander qu'il soit transporté dans un établissement hospitalier. [par. 120]

Mentionnons également le fait que la fiole utilisée n'indiquait pas de date de fabrication ou de péremption, que l'étiquette affichait une concentration qui n'était pas la concentration réelle et que M^{me} Javanmardi ne portait pas de sarrau ou autre vêtement adéquat lorsqu'elle a administré l'injection (C.A., par. 87).

[80] Le prononcé d'un verdict de culpabilité en appel d'un acquittement est une mesure exceptionnelle, et l'erreur de droit en cause ici est également une occurrence rare. Si l'erreur est manifeste en ce qui concerne l'acte dangereux, elle ne l'est pas autant en ce qui concerne le critère de l'*écart marqué*. Je suis pour ma part d'avis que le comportement de M^{me} Javanmardi satisfaisait à ce critère, en raison notamment du triple usage qu'elle a fait de la fiole unidose, quoique je reconnaisse que la juge du procès a tiré la conclusion inverse, et que cette dernière disposait d'éléments de preuve tendant à appuyer

single-dose vials more than once despite official recommendations to the contrary (A.F., at para. 17).

[81] Moreover, presumably because she considered the post-offence conduct irrelevant given her key finding of fact on the causal connection, the trial judge failed to consider whether Ms. Javanmardi was qualified to deal with any complications, a point that had been vigorously argued before her. As a result, the Court of Appeal could not assume that Ms. Javanmardi was unqualified in this respect, especially since the trial judge described Ms. Javanmardi's entire testimony — in which she defended her post-injection qualifications — as credible (C.Q., at paras. 425-29). In other words, while a conviction for manslaughter was undoubtedly reasonable in this case, it was not so inevitable as to justify the measure ordered by the Court of Appeal.

[82] The fact remains that the trial judge erred in failing to find that the unlawful injection given by Ms. Javanmardi was objectively dangerous. She also applied the wrong standard of proof concerning the *mens rea* of manslaughter, since she required objective foreseeability of the risk of death rather than of the risk of bodily harm. Finally, the judge erred in considering Ms. Javanmardi's professional training when assessing the objective nature of the risk posed by the injection. Those errors, whose effect is to invalidate most of the legal conclusions reached on the essential elements of the offence of manslaughter, had a sufficient impact. In light of their number and scope, I am of the view that the analysis must be carried out again for both charges.

V. Disposition

[83] If Ms. Javanmardi were convicted of both charges, the sentencing judge would, of course, stay one of the charges (*Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729). But this does not mean that one of

cette conclusion, à savoir des témoignages affirmant que des établissements publics utiliseraient parfois à plus d'une reprise des fioles unidoses en dépit des recommandations officielles à l'effet contraire (m.a., par. 17).

[81] En outre, vraisemblablement parce qu'elle jugeait que la conduite postérieure à l'infraction n'avait aucune pertinence vu la conclusion de fait déterminante qu'elle tirait à l'égard du lien causal, la juge d'instance a omis de statuer sur la compétence de M^{me} Javanmardi pour intervenir en cas de complications, un aspect qui a été fortement débattu devant la juge. La Cour d'appel ne pouvait donc tenir pour avérée l'incompétence de M^{me} Javanmardi en la matière, d'autant plus que la juge a qualifié de crédible l'ensemble du témoignage de cette dernière — lequel défend ses compétences post-injection (C.Q., par. 425-429). En d'autres mots, si une déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable était sans aucun doute raisonnable en l'espèce, elle n'était pas inéluctable au point de justifier la mesure ordonnée par la Cour d'appel.

[82] Il n'en demeure pas moins que la juge d'instance a, à tort, omis de conclure que l'injection illégale administrée par M^{me} Javanmardi était objectivement dangereuse. Elle a également appliqué la mauvaise norme de preuve relativement à la *mens rea* de l'homicide involontaire coupable, exigeant la prévisibilité objective du risque de décès plutôt que celle du risque de lésions corporelles. Finalement, la juge a erronément tenu compte de la formation professionnelle de M^{me} Javanmardi dans son appréciation du caractère objectif du danger créé par l'injection. Ces erreurs, qui ont pour effet d'invalider la plupart des conclusions de droit tirées à l'égard des éléments essentiels de l'infraction d'homicide involontaire coupable, ont eu une incidence suffisante. Vu le nombre et l'ampleur de ces erreurs, j'estime que l'analyse doit être reprise pour les deux chefs.

V. Dispositif

[83] Il va de soi qu'advenant le cas où M^{me} Javanmardi serait reconnue coupable des deux chefs d'accusation, la juge ou le juge qui serait chargé de la détermination de la peine suspendrait l'un de ces

them must be dropped at this stage, especially since criminal negligence causing death, as the more serious offence, is usually the charge that will stand (*R. v. J.F.*, 2008 SCC 60, [2008] 3 S.C.R. 215, at para. 13). The order for a new trial therefore applies to both.

[84] Finally, I will not deal with the constitutional questions raised in the alternative by Ms. Javanmardi, which were not considered at trial. I would allow the appeal in part solely to set aside the conviction for manslaughter entered by the Court of Appeal and to order a new trial on this charge.

Appeal allowed, WAGNER C.J. and ROWE J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Schurman, Grenier, Strapatsas & Associates, Montréal; Drivod Services Juridiques, Montréal.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Montréal.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Montréal.

Solicitors for the intervenor Association des avocats de la défense de Montréal: Desrosiers, Joncas, Nouraie, Massicotte, Montréal.

Solicitors for the intervenors the Québec Association of Naturopathic Medicine and Association des naturopathes agréés du Québec: Battista Turcot Israel Corbo, Montréal.

Solicitors for the intervenor the Canadian Association of Naturopathic Doctors: Conway Baxter Wilson, Ottawa.

Solicitors for the intervenor the Criminal Lawyers' Association: Kapoor Barristers, Toronto.

chefs (*Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729). Or, cela ne signifie toutefois pas que l'un de ces chefs doit être abandonné à ce stade-ci, d'autant plus que la négligence criminelle causant la mort, en tant qu'infraction de gravité supérieure, est habituellement le chef qui sera maintenu (*R. c. J.F.*, 2008 CSC 60, [2008] 3 R.C.S. 215, par. 13). L'ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès s'applique donc dans les deux cas.

[84] Finalement, je ne me prononce pas sur les questions constitutionnelles soulevées subsidiairement par M^{me} Javanmardi et qui n'ont pas été examinées en première instance. Je suis d'avis d'accueillir l'appel en partie à seules fins d'annuler la déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable prononcé par la Cour d'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès à l'égard de ce chef d'accusation.

Pourvoi accueilli, le juge en chef WAGNER et le juge ROWE sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Schurman, Grenier, Strapatsas & Associates, Montréal; Drivod Services Juridiques, Montréal.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Montréal.

Procureur de l'intimée la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal : Desrosiers, Joncas, Nouraie, Massicotte, Montréal.

Procureurs des intervenantes l'Association de médecine naturopathique du Québec et l'Association des naturopathes agréés du Québec : Battista Turcot Israel Corbo, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des docteurs en naturopathie : Conway Baxter Wilson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Kapoor Barristers, Toronto.

K.J.M. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Director of Criminal and Penal Prosecutions, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Legal Aid Society of Alberta and Justice for Children and Youth *Interveners*

INDEXED AS: R. v. K.J.M.

2019 SCC 55

File No.: 38292.

2019: February 19; 2019: November 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Young persons — Delay of almost 19 months between charges and end of youth accused's trial — Whether presumptive ceilings established in Jordan apply to youth justice court proceedings — Whether youth accused's right to be tried within reasonable time under s. 11(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms infringed.

M, a “young person” under the *Youth Criminal Justice Act* (“YCJA”), was charged with various offences arising out of a fight in which he stabbed another youth. Almost 19 months after charges were laid, he was found guilty of aggravated assault and possession of a weapon for a dangerous purpose. Shortly before his convictions, he applied unsuccessfully for a stay of proceedings on the basis that the delay violated his right to be tried within a reasonable time under s. 11(b) of the *Charter*. The trial judge found that the total delay exceeded the 18-month ceiling set out in *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, and was therefore presumptively unreasonable. The trial judge, however, dismissed the s. 11(b) *Charter* application and

K.J.M. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, directeur des poursuites criminelles et pénales, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Legal Aid Society of Alberta et Justice for Children and Youth *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. K.J.M.

2019 CSC 55

N° du greffe : 38292.

2019 : 19 février; 2019 : 15 novembre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Adolescents — Délai de presque 19 mois entre le dépôt des accusations et la fin du procès de l'accusé adolescent — Les plafonds présumés fixés dans Jordan s'appliquent-ils aux instances dont sont saisis les tribunaux pour adolescents? — Le droit de l'accusé adolescent d'être jugé dans un délai raisonnable protégé par l'al. 11b) de la Charte canadienne des droits et libertés a-t-il été violé?

M, un « adolescent » au sens de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* (« LSJPA »), a été accusé de diverses infractions à la suite d'une bataille au cours de laquelle il a poignardé un autre adolescent. Presque 19 mois après le dépôt des accusations, il a été déclaré coupable de voies de fait graves et de possession d'une arme dans un dessein dangereux. Peu de temps avant ses déclarations de culpabilité, il a demandé sans succès un arrêt des procédures, au motif que le délai portait atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit l'al. 11b) de la *Charte*. Le juge du procès a conclu que le délai total dépassait le plafond de 18 mois établi dans l'arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016]

refused to enter a stay, reasoning that it was not the clearest of cases where a stay should be granted. The Court of Appeal dismissed the appeal, with one justice dissenting. The three justices wrote separate reasons, each taking a distinct approach as to whether the presumptive ceilings set out in *Jordan* apply to youth matters.

Held (Abella, Karakatsanis, Brown and Martin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Gascon, Côté and Rowe JJ.: While *Jordan* did not explicitly answer the question of whether the 18- and 30-month presumptive ceilings apply to youth justice court proceedings, the existing *Jordan* framework is capable of accommodating the enhanced need for timeliness in youth cases. This need is well established in the jurisprudence and codified in the *YCJA*. It can and should be considered in applying the test for a stay below the ceiling, which requires the defence to establish that (1) it took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings, and (2) the case took markedly longer than it reasonably should have. An accused's youthfulness should be considered in assessing the second branch of the test. But unless and until it can be shown that *Jordan* is failing to adequately serve Canada's youth and society's broader interest in seeing youth matters tried expeditiously, there is no need to consider, much less implement, a lower constitutional ceiling for youth matters.

Canada's youth criminal justice system stands separate from the adult criminal justice system. While every person charged with an offence has the right to be tried within a reasonable time under s. 11(b) of the *Charter*, this right has special significance for young persons, for at least five reasons. First, because young persons have a different perception of time and less well-developed memories than adults, their ability to appreciate the connection between actions and consequences is impaired. Whereas prolonged delays can obscure this connection and dilute the effectiveness of any disposition, timely intervention reinforces it. Second, delay may have a greater psychological impact

1 R.C.S. 631, et qu'il était donc présumé déraisonnable. Elle a toutefois rejeté la demande fondée sur l'al. 11(b) de la *Charte* et refusé d'ordonner l'arrêt des procédures, considérant qu'il ne s'agissait pas d'un des cas les plus manifestes pour lesquels l'arrêt des procédures devrait être accordé. La Cour d'appel a rejeté l'appel, mais une juge était dissidente. Les trois juges ont rédigé des motifs distincts, chacun adoptant une approche différente quant à la question de savoir si les plafonds établis dans l'arrêt *Jordan* s'appliquent aux affaires mettant en cause des adolescents.

Arrêt (les juges Abella, Karakatsanis, Brown et Martin sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Gascon, Côté et Rowe : Bien que l'arrêt *Jordan* n'ait pas explicitement répondu à la question de savoir si les plafonds présumés de 18 et de 30 mois s'appliquent aux instances dont sont saisis les tribunaux pour adolescents, le cadre d'analyse existant établi par l'arrêt *Jordan* permet de répondre à la nécessité accrue d'agir rapidement dans les affaires mettant en cause des adolescents. Cette nécessité est bien établie dans la jurisprudence et codifiée par la *LSJPA*. Elle peut et devrait être prise en compte lors de l'application du test pour déterminer s'il y a lieu de prononcer un arrêt des procédures lorsque le délai est inférieur au plafond, test qui exige que la défense établisse (1) qu'elle a pris des mesures utiles qui font la preuve d'un effort soutenu pour accélérer l'instance, et (2) que le procès a été nettement plus long qu'il aurait dû raisonnablement l'être. La jeunesse d'un accusé devrait être prise en compte lors de l'évaluation du deuxième volet du test. Toutefois, tant qu'il n'aura pas été démontré que l'arrêt *Jordan* ne sert pas adéquatement les jeunes du Canada et l'intérêt plus large de sa société à ce que les affaires mettant en cause des adolescents soient traitées diligemment, il n'est pas nécessaire d'envisager, et encore moins de mettre en place, un plafond constitutionnel moins élevé pour ce type d'affaires.

Le système de justice pénale pour les adolescents est distinct de celui pour les adultes. Bien que tout inculpé ait le droit d'être jugé dans un délai raisonnable aux termes de l'al. 11(b) de la *Charte*, ce droit revêt une importance particulière pour les adolescents, et ce, pour au moins cinq raisons. Premièrement, comme les adolescents ont une perception différente du temps et une mémoire moins bien développée que les adultes, leur capacité d'évaluer le lien entre les actes et leurs conséquences est amoindrie. Tandis que les délais prolongés peuvent nuire à ce lien et diluer l'efficacité des mesures prises, une intervention rapide le renforce. Deuxièmement, un délai peut avoir une

on a young person. Third, the increased rapidity with which a young person's memory fades may make it more difficult for him or her to recall past events, which may in turn impair his or her ability to make full answer and defence, a right which is protected by s. 7 of the *Charter*. Fourth, adolescence is a time of rapid brain, cognitive, and psychosocial development. Where a prolonged delay separates the offending conduct from the corresponding punishment, the young person may experience a sense of unfairness, as his or her thoughts and behaviours may well have changed considerably since the offending conduct took place. Fifth, society has an interest in seeing young persons rehabilitated and reintegrated into society as swiftly as possible. For all these reasons, youth matters should proceed expeditiously and in a timely manner.

The foregoing notwithstanding, there is no need to introduce a lower presumptive ceiling for youth matters. It has not been shown that there is a problem regarding delay in the youth criminal justice system, let alone one that warrants the imposition of a new constitutional standard. There is no evidence that young persons who proactively request an expedited trial are not being accommodated in the post-*Jordan* world, nor that actors within the youth criminal justice system are not taking *Jordan* to heart. Further, *Jordan* established a uniform set of ceilings that apply irrespective of the varying degrees of prejudice experienced by different groups and individuals. Setting new ceilings based on the notion that certain groups — such as young persons — experience heightened prejudice as a result of delay would undermine this uniformity and lead to a multiplicity of ceilings, each varying with the unique level of prejudice experienced by the particular category or subcategory of persons in question. This would quickly become impracticable. The mere fact that Parliament decided to create and maintain a separate youth criminal justice system does not by itself provide a sound rationale for establishing a separate ceiling for youth matters.

The decision not to alter the *Jordan* ceilings to apply differently to youth justice court proceedings does not mean that an accused's youthfulness has no role to play under the *Jordan* framework. The enhanced need for timeliness in youth matters can and should be taken into account when determining whether delay falling below the presumptive ceiling is unreasonable. Like the other factors identified in *Jordan*, the enhanced need for timeliness in

plus grande incidence psychologique sur les adolescents. Troisièmement, la rapidité accrue avec laquelle les souvenirs des adolescents s'estompent peut faire en sorte qu'il soit plus difficile pour eux de se souvenir de situations passées, ce qui peut ensuite nuire à leur capacité de présenter une défense pleine et entière, un droit qui est protégé par l'art. 7 de la *Charte*. Quatrièmement, l'adolescence est une période de développement cérébral, cognitif et psychologique rapide. Lorsqu'un long délai sépare la commission de l'infraction de la peine correspondante, l'adolescent peut avoir un sentiment d'injustice, car, entre-temps, sa vision des choses et ses comportements peuvent avoir considérablement changé. Cinquièmement, la société a un intérêt à voir les adolescents réadaptés et réinsérés dans la société le plus rapidement possible. Pour tous ces motifs, les affaires mettant en cause des adolescents devraient être traitées rapidement.

En dépit de ce qui précède, il n'est pas nécessaire de fixer un plafond présumé plus bas pour les dossiers mettant en cause des adolescents. Il n'a pas été démontré qu'il y a un problème concernant les délais dans le système de justice pénale pour les adolescents, et encore moins un problème qui justifie l'imposition d'une nouvelle norme constitutionnelle. Il n'existe aucune preuve démontrant que ceux parmi ces derniers qui demandent de façon proactive un procès accéléré se voient refuser une telle demande dans la foulée de l'arrêt *Jordan*, ni que les acteurs du système de justice pénale pour les adolescents ne prennent pas cet arrêt à cœur. En outre, l'arrêt *Jordan* a établi un ensemble uniforme de plafonds qui s'appliquent, peu importe les divers degrés de préjudice subi par différents groupes et individus. Fixer de nouveaux plafonds en s'appuyant sur l'idée que certains groupes — comme les adolescents — subissent un préjudice accru en raison des délais saperait cette uniformité et pourrait entraîner une multiplication des plafonds, chacun variant selon le degré unique de préjudice subi par une catégorie ou sous-catégorie particulière de personnes. Cela deviendrait rapidement impracticable. Le simple fait que le législateur ait décidé de créer et de maintenir un système distinct de justice pénale pour les adolescents n'est pas en soi une raison valable d'établir un plafond distinct pour les affaires les mettant en cause.

La décision de ne pas modifier les plafonds établis dans l'arrêt *Jordan* pour qu'ils s'appliquent différemment aux procès instruits devant les tribunaux pour adolescents ne veut toutefois pas dire que la jeunesse de l'accusé ne joue aucun rôle dans le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Jordan*. La nécessité accrue d'agir rapidement dans les affaires mettant en cause des adolescents peut et devrait être prise en considération au moment de déterminer si

youth matters is simply one case-specific factor to consider when determining whether a case took (or is expected to take) markedly longer than it reasonably should have. This approach recognizes that while the presumptive ceiling remains the same whether the accused is a youth or an adult, the tolerance for delay differs. While the presumptive ceiling provides a hard backstop that offers certainty, predictability, and simplicity, the test for a stay below the ceiling affords the necessary flexibility to ensure case-specific features — such as the age of the accused — are not lost in the analysis. At the same time, *Jordan* will not deliver on its promise — whether for young persons or for adults — unless all participants in the criminal justice system work together and take a proactive approach from day one. Prosecutors have a strong incentive to be proactive because the failure to do so will be a factor in determining whether a case has taken markedly longer than it reasonably should have. Equally, the defence has a duty to be proactive, as well as an interest in doing so. If the defence hopes to satisfy the “meaningful steps” test set out in *Jordan*, it must engage in proactive conduct throughout and show that the accused is committed to having the case tried as quickly as possible. Resigned acquiescence will not do.

There is every reason to expect that young persons will enjoy stronger protection against prolonged delay than they did in the pre-*Jordan* era. While the test for a stay for delay below the ceiling places the onus on the defence to establish that the delay was unreasonable, this does not disadvantage young persons vis-à-vis adults or place them in a less advantageous position than they were in pre-*Jordan*. *Jordan* affords all accused persons, including youth, the benefit of a strong presumption of unreasonableness once the delay exceeds the presumptive ceiling. Given that both young persons and adults benefit from this strong presumption, they both must bear the onus of justifying a stay when the delay is below the ceiling. While the Court stated in *Jordan* that stays for delay below the ceiling will be rare and limited to clear cases, this statement must be read in light of the fact that the *Jordan* framework applies to all criminal proceedings, not just youth matters. While stays for delay below the ceiling may be rare when considered against the entire body of applications for a stay

un délai inférieur au plafond présumé est déraisonnable. À l’instar des autres facteurs énoncés dans *Jordan*, la nécessité accrue d’agir rapidement dans les dossiers mettant en cause des adolescents est tout simplement un facteur propre à l’espèce dont il faut tenir compte au moment de décider si une instance a été nettement plus longue qu’elle aurait dû raisonnablement l’être (ou s’il est prévu qu’elle le soit). Cette approche reconnaît que même si le plafond présumé demeure le même que l’accusé soit un adolescent ou un adulte, la tolérance envers les délais diffère. Tandis que le plafond présumé fournit un filet de sécurité solide qui offre certitude, prévisibilité et simplicité, le test pour déterminer s’il y a lieu de prononcer un arrêt des procédures lorsque le délai est inférieur au plafond offre la souplesse nécessaire pour veiller à ce que les caractéristiques propres au cas en cause — comme l’âge de l’accusé — soient prises en compte dans l’analyse. Il n’en demeure pas moins que l’arrêt *Jordan* ne remplira sa promesse — pour les adolescents comme pour les adultes — que si tous les participants au système de justice pénale travaillent ensemble et adoptent une approche proactive dès le début de l’instance. Les procureurs sont fortement incités à agir de manière proactive, parce qu’une attitude contraire sera un facteur lorsqu’il s’agira de décider si une cause a été nettement plus longue qu’elle aurait dû raisonnablement l’être. De même, la défense a l’obligation d’agir de manière proactive ainsi qu’un intérêt à le faire. Si elle espère satisfaire au critère des « mesures utiles » établi dans l’arrêt *Jordan*, la défense doit agir de manière proactive durant toute l’instance et démontrer que l’accusé est résolu à faire instruire son procès aussi rapidement que possible. L’acquiescement résigné ne suffit pas.

Il y a toutes les raisons de s’attendre à ce que les adolescents bénéficient d’une meilleure protection contre les délais prolongés qu’avant l’arrêt *Jordan*. Bien que le test pour déterminer s’il y a lieu de prononcer un arrêt des procédures lorsque le délai est inférieur au plafond impose à la défense le fardeau de prouver que le délai a été déraisonnable, cela ne désavantage pas les adolescents par rapport aux adultes et ne les place pas dans une position plus désavantageuse que celle qu’ils occupaient avant l’arrêt *Jordan*. Ce dernier permet à tous les inculpés, y compris les adolescents, de bénéficier d’une forte présomption selon laquelle le délai est déraisonnable lorsqu’il dépasse le plafond présumé. Puisque tant les adolescents que les adultes bénéficient de cette forte présomption, ils doivent les uns comme les autres porter le fardeau de justifier un arrêt des procédures lorsque le délai est inférieur au plafond. Bien que la Cour ait déclaré dans l’arrêt *Jordan* que les arrêts de procédures prononcés dans les cas où le délai est inférieur au plafond seront rares et limités aux cas

for delay under the ceiling, they may be less rare when considered against the smaller body of youth applications for a stay for delay under the ceiling. Thus, when *Jordan* is taken to heart and the test for a stay below the ceiling is properly applied to youth court proceedings, the *Jordan* framework affords young persons robust protection against unreasonable delay.

Any delay resulting from failed attempts at extrajudicial sanctions should be treated on a case-by-case basis. However, without foreclosing the theoretical possibility that such delay might in some rare instances be included in the *Jordan* calculation, it can reasonably be expected that it will be deducted as defence delay. Removing this type of delay from the *Jordan* calculation minimizes the risk that authorities will refrain from using extrajudicial sanctions in the first place out of a fear that they may be increasing the likelihood of a stay in the event such measures fail. Removing disincentives against extrajudicial sanctions is an important policy objective given the central role played by such measures in the youth criminal justice system. Furthermore, this approach makes sense at a conceptual level. When an attempt at extrajudicial sanctions is made, that effectively removes the matter from the court system and places it on a different track. It therefore makes good sense to stop the clock and to restart the clock only if and when the matter is placed back into the court system.

The delay in this case fell below the 18-month presumptive ceiling. The total delay was 18 months and 28 days. In line with *Jordan*, any delay caused by the defence must be subtracted from total delay. For example, the defence will have directly caused the delay if the court and the Crown are ready to proceed, but the defence is not. Here, on one occasion, the court and Crown were ready at the scheduled start time, but M did not show up on time. This created a need to reschedule the hearing, and the earliest available date was five months later. While it is difficult to quantify with precision the extent of the delay caused by the defence, attributing a delay of two to three months to

manifestes, cette déclaration doit être lue à la lumière du fait que le cadre d'analyse établi dans cet arrêt s'applique à toutes les instances criminelles et pas seulement aux affaires mettant en cause des adolescents. Même si les arrêts de procédures prononcés dans les cas où le délai est inférieur au plafond peuvent être rares si on les compare à l'ensemble des demandes d'arrêts des procédures lorsqu'un délai est inférieur au plafond, ils peuvent être moins rares si on les compare au plus petit ensemble de demandes d'arrêt des procédures lorsque le délai est inférieur au plafond dans les affaires mettant en cause des adolescents. Lorsque l'on prend à cœur l'arrêt *Jordan* et que l'on applique correctement aux instances mettant en cause des adolescents le test applicable au délai inférieur au plafond, le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Jordan* offre aux adolescents une protection solide contre les délais déraisonnables.

Tout délai découlant de tentatives infructueuses d'appliquer des sanctions extrajudiciaires devrait être traité au cas par cas. Toutefois, s'il est possible en théorie que ces délais soient, dans de rares cas, inclus dans le calcul effectué selon l'arrêt *Jordan*, on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'ils soient déduits à titre de délai imputable à la défense. Le fait de déduire ce délai du calcul effectué selon l'arrêt *Jordan* réduit le risque que les autorités s'abstiennent d'avoir recours en premier lieu aux sanctions extrajudiciaires de crainte d'augmenter la probabilité qu'un arrêt des procédures soit prononcé advenant l'échec de ces mesures. L'élimination des facteurs de dissuasion à l'égard des sanctions extrajudiciaires est un objectif de principe important étant donné le rôle central que joue ce type de mesures dans le système de justice pénale pour les adolescents. De plus, cette approche est logique du point de vue conceptuel. Lorsqu'on tente d'appliquer des sanctions extrajudiciaires dans une affaire, celle-ci est essentiellement retirée du système judiciaire et suit une autre voie. Il est donc logique d'arrêter le compteur et de le remettre en marche uniquement au moment où l'affaire reprend son cours dans le système judiciaire, le cas échéant.

Le délai en l'espèce a été inférieur au plafond présumé de 18 mois. Le délai total a été de 18 mois et 28 jours. Selon l'arrêt *Jordan*, tout délai imputable à la défense doit être déduit du délai total. Par exemple, la défense cause directement le délai si le tribunal et le ministère public sont prêts à procéder, mais pas elle. En l'espèce, à une occasion, le tribunal et le ministère public étaient prêts à l'heure prévue, mais M ne s'est pas présenté à temps. Il a donc fallu fixer une nouvelle date d'audition et la plus rapprochée était cinq mois plus tard. Même s'il est difficile de déterminer la portée exacte du délai qui lui est attribuable, il est juste et raisonnable d'imputer à la défense

the defence is both fair and reasonable. In addition, delay caused by discrete exceptional events that are reasonably unforeseeable or reasonably unavoidable must also be deducted to the extent such delay could not reasonably have been mitigated by the Crown or the justice system. Such an event occurred when an administrative error in the transcript ordering process resulted in approximately one month of delay. This leaves a net delay of 15 to 16 months, falling below the applicable ceiling.

Although this case is close to the line, it does not meet the test for a stay below the ceiling. In a transitional case such as this one, both requirements — that the defence took meaningful and sustained steps, and that the case took markedly longer than it reasonably should have — must be applied contextually, sensitive to the parties' reliance on the previous state of the law. As to the first requirement, while the defence acted responsibly throughout the proceeding, it did not engage in the necessary proactive conduct. Its approach was more one of resigned acquiescence. However, given that about 80 percent of the trial took place before *Jordan* was released, the defence should have the benefit of the doubt and the first requirement has been met. As to the second requirement, although some factors suggest that this case should reasonably have completed in less time, the issue is whether it took markedly longer than it reasonably should have. The vast majority of this trial took place at a time when the tolerance for institutional delay — the primary cause of delay in this case — was high across the country. It is clear from the record that overbooking and systemic delay in the jurisdiction in question were endemic. Further, the seriousness of the offences and the absence of any demonstrated prejudice are relevant in that they help to explain why the Crown had good reason to believe the delay in this case would not have been found to be unreasonable. The persistent systemic delay discussed above also constrained the Crown's ability to move this case through the system in a timely manner. While the delay here was excessive, a contextual approach leads to the conclusion that the case did not take markedly longer than it reasonably should have. Therefore, a stay is not warranted.

Per Abella, Brown and Martin JJ. (dissenting): Section 11(b) of the *Charter* requires a distinct and lower presumptive ceiling for proceedings brought under the *YCJA*,

deux ou trois mois du délai. En outre, le délai causé par des événements exceptionnels distincts qui sont raisonnablement imprévisibles ou inévitables est aussi déduit, dans la mesure où il ne pouvait raisonnablement être atténué, ni par le ministère public, ni par le système judiciaire. Un tel événement s'est produit lorsqu'une erreur administrative liée au processus de demande de transcription a entraîné un délai d'environ un mois. Le délai net a donc été de 15 à 16 mois, ce qui est inférieur au plafond applicable.

Même si la présente affaire est un cas limite, elle ne satisfait pas au test pour déterminer s'il y a lieu de prononcer un arrêt des procédures lorsque le délai est inférieur au plafond. Dans une affaire transitoire comme celle-ci, les deux critères — soit que la défense a pris des mesures utiles qui font la preuve d'un effort soutenu, et que le procès a été nettement plus long qu'il aurait dû raisonnablement l'être — doivent être appliqués en fonction du contexte et avec sensibilité quant au fait que les parties se sont fiées à l'état du droit qui prévalait auparavant. En ce qui a trait au premier critère, bien que la défense se soit comportée de manière responsable tout au long de l'instance, elle n'a pas agi de manière proactive comme elle devait le faire. Son approche en était plutôt une d'acquiescement résigné. Par contre, puisque près de 80 pour cent de l'instance a eu lieu avant que l'arrêt *Jordan* soit rendu, il y a lieu de donner le bénéfice du doute à la défense et il a été satisfait au premier critère. En ce qui a trait au deuxième critère, même si certains facteurs donnent à penser que l'affaire aurait raisonnablement dû être réglée plus rapidement, il s'agit de savoir si elle a été nettement plus longue qu'elle aurait dû raisonnablement l'être. En l'espèce, le procès s'est déroulé en très grande partie à une époque où la tolérance à l'égard du délai institutionnel — le délai le plus important dans la présente affaire — était élevée au pays. Le dossier établit toutefois clairement que la surcharge du rôle et les retards systémiques étaient endémiques dans le ressort en cause. De plus, la gravité des infractions et l'absence de préjudice démontré sont pertinentes en ce qu'elles expliquent pourquoi le ministère public avait de bonnes raisons de croire que le délai ne serait pas jugé déraisonnable dans la présente affaire. Le délai systémique persistant dont il a été question précédemment a aussi entravé la capacité du ministère public de traiter la présente affaire rapidement. Le délai en l'espèce était excessif. Il n'en demeure pas moins qu'une approche qui tient compte du contexte mène à la conclusion que l'instance n'a pas été nettement plus longue qu'elle aurait dû raisonnablement l'être. Il n'y a donc pas lieu de prononcer un arrêt des procédures.

Les juges Abella, Brown et Martin (dissidents) : L'alinéa 11b) de la *Charte* exige l'établissement d'un plafond présumé distinct et inférieur pour les poursuites intentées

reflecting the distinct character of young accused and the recognized distinct prejudice they suffer from delay in the youth justice system. Doing so gives effect to Parliament's intention in enacting a separate youth criminal justice system, to Canada's international commitments, to the recognition in pre-*Jordan* case law that youth proceedings must be expeditious, and to the consideration that led to setting the presumptive ceilings for adults in *Jordan*. Just as the Court in *Jordan* determined the appropriate ceiling for adult proceedings, a separate analysis is required for youth proceedings. That analysis leads to a presumptive ceiling of 15 months for youth proceedings in the provincial court.

When Parliament created a separate youth criminal justice system over a century ago, it sought to achieve two fundamental objectives: to provide young persons with enhanced procedural protections throughout the criminal process in recognition of their youth, and to create less formal and more expeditious proceedings. Such enhanced procedural protections which recognize that youth proceedings must proceed more expeditiously than proceedings against adults are codified in s. 3(1)(b)(iv) and s. 3(1)(b)(v) of the *YCJA*, which crystallized the prior state of the common law. Since the enactment of the *YCJA*, courts have consistently maintained that criminal proceedings against youth should be resolved more quickly than adult proceedings and that reasonable delay in the adult criminal justice system may not be reasonable in youth proceedings. Given the heightened vulnerability of young persons in the justice system and their diminished moral blameworthiness, enhanced — and robust — procedural protections have been built into this separate system.

The role of prejudice in connection with young persons was not considered by the Court in setting the *Jordan* ceilings because *Jordan* did not fix ceilings for youth justice court proceedings. Therefore, the unique prejudice that young persons suffer as a result of delay was not accounted for in *Jordan*. The only outcome that is consistent with the reasoning in *Jordan* is to recognize that, in light of the separate court system created by Parliament and the greater prejudice that has been acknowledged in the case of young

sous le régime de la *LSJPA*, de manière à tenir compte du caractère distinct des inculpés adolescents et du préjudice additionnel reconnu qu'ils subissent en raison des délais qui s'écoulent dans le système de justice pour les adolescents. Fixer un tel plafond donne effet à l'intention qu'avait le législateur en adoptant un système de justice pénale distinct pour les adolescents, de respecter les engagements internationaux du Canada, de tenir compte de la nécessité, reconnue dans la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Jordan*, d'assurer la célérité des procédures mettant en cause des adolescents, et de tenir compte des facteurs qui ont mené à l'établissement des plafonds présumés à l'égard des adultes dans l'arrêt *Jordan*. Tout comme la Cour a établi dans l'arrêt *Jordan* les plafonds qui conviennent aux poursuites intentées contre les adultes, une analyse distincte s'impose pour les instances qui se déroulent dans le système de justice pour les adolescents. Cette analyse mène à l'établissement d'un plafond présumé de 15 mois pour les poursuites intentées contre les adolescents devant une cour provinciale.

Il y a plus d'un siècle, lorsque le législateur a créé un système de justice pénale distinct pour les adolescents, il poursuivait deux objectifs fondamentaux : offrir aux adolescents des protections procédurales supplémentaires tout au long du processus pénal, compte tenu de leur jeune âge, et créer des procédures moins formelles et plus rapides. De telles protections procédurales supplémentaires qui reconnaissent la nécessité que les poursuites mettant en cause des adolescents se déroulent plus rapidement que celles mettant en cause des adultes sont codifiées aux sous-al. 3(1)(b)(iv) et 3(1)(b)(v) de la *LSJPA*, qui ont cristallisé les règles antérieures de la common law. Depuis l'adoption de la *LSJPA*, les tribunaux ont systématiquement répété que les poursuites pénales intentées contre les adolescents devaient être résolues plus vite que celles visant les adultes et qu'un délai qui est raisonnable dans le cas de ceux-ci ne le sera peut-être pas lorsqu'il s'agit d'adolescents. En raison de la plus grande vulnérabilité des adolescents ayant des démêlés avec la justice et de leur culpabilité morale moindre, des protections procédurales supplémentaires — et solides — ont été intégrées dans ce système distinct.

La Cour n'a pas tenu compte du rôle du préjudice dans le cas des adolescents en établissant les plafonds dans l'arrêt *Jordan*, parce que cet arrêt n'a pas fixé des plafonds pour les affaires portées devant le tribunal pour adolescents. Le préjudice unique dont souffrent les adolescents en raison du délai n'a donc pas été pris en compte dans l'arrêt *Jordan*. La seule conclusion compatible avec le raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Jordan* est de reconnaître que, eu égard au système judiciaire distinct

persons, there should be a lower presumptive ceiling for youth proceedings. Lowering the presumptive ceiling for youth does not confer enhanced *Charter* protections on them. Rather, it acknowledges the more profound impact of delay on young persons, and sets a ceiling that aims to confer on them the same protections that adults receive. When it comes to prejudice arising from delayed criminal proceedings, equal protection as between young persons and adults requires differential treatment. This is not a departure from *Jordan*; indeed, it is the very application of *Jordan*'s principles to the youth criminal justice system. Refusing to create a separate ceiling would result in the principles underlying *Jordan* to furnish less protection for young people than they had before *Jordan*.

To rely on the absence of any reference to the youth justice system in *Jordan* as the basis for inferring that the *Jordan* framework applies to it, obliterates the historic distinction between the adult and youth criminal justice systems, to the prejudice of young persons. A framework for adjudicating a constitutional right that is directed to the criminal justice system for adults should not be inferentially taken as having been also directed to be considered in the context of the separate criminal justice system for young persons, particularly when inferring that young persons are captured by the adult framework will lead to less protection than they have received and are constitutionally entitled to. Furthermore, tacking young people onto the adult framework set by *Jordan* changes *Jordan* itself, and erodes the clarity it created. Following *Jordan*, prejudice is no longer an independent consideration and is instead a factor in the setting of the ceilings, and a stay will be granted in response to delay below the ceiling only in rare and clear cases. By changing *Jordan* so that stays will theoretically be more readily available where necessary to account for the prejudice experienced by young persons, the clarity of *Jordan*'s instruction that a stay will be granted below the ceiling only in rare and clear cases is undermined and the predictability of the presumption that delay below the ceiling is reasonable dissipates. This results in the worst of both worlds: the rigidity of ceilings that offer youth less protection than they previously received and were entitled to, coupled with a lack of clarity and predictability about if and when a stay will be granted when the delay is below the ceiling. The "below the ceiling test" set out in *Jordan* is not capable of recognizing

que le législateur a créé et au préjudice accru qui a été reconnu dans le cas des adolescents, un plafond présumé plus bas devrait être fixé pour les procédures dont ceux-ci font l'objet. Le fait d'abaisser le plafond présumé dans le cas des adolescents ne leur confère pas de plus grandes protections au regard de la *Charte*. Il a plutôt pour effet de reconnaître les conséquences plus importantes des délais chez les adolescents et de fixer un plafond qui vise à leur conférer les mêmes protections que celles dont bénéficient les adultes. Lorsqu'il s'agit du préjudice découlant de retard dans le déroulement des procédures criminelles, l'octroi aux adolescents d'une protection égale à celle qu'obtiennent les adultes nécessite de leur accorder un traitement différent. Cette conclusion ne s'éloigne pas de l'arrêt *Jordan*, elle en applique plutôt précisément les principes au système de justice pénale pour les adolescents. Refuser de créer un plafond distinct ferait en sorte que les principes sous-jacents à l'arrêt *Jordan* offrent aux adolescents une protection inférieure à celle dont ils bénéficieraient avant le prononcé de cet arrêt.

Se fonder sur l'absence de toute mention du système de justice pénale pour les adolescents dans l'arrêt *Jordan* pour en déduire qu'il s'y applique, ne tient pas compte de la distinction qui a toujours été faite entre le système de justice pénale pour les adultes et celui pour les adolescents, au détriment de ces derniers. On ne peut procéder par déduction pour conclure que le cadre d'analyse servant à trancher les litiges portant sur des droits constitutionnels dans le contexte du système de justice pénale pour les adultes s'applique aussi au système distinct de justice pénale pour les adolescents, surtout lorsque cela se traduit par une diminution de la protection dont ces derniers bénéficient et qui leur est garantie par la Constitution. En outre, l'intégration du cadre d'analyse applicable aux adultes établi dans l'arrêt *Jordan* aux poursuites intentées contre les adolescents modifie l'arrêt *Jordan* lui-même et dilue la clarté qu'il avait créée. Depuis le prononcé de cet arrêt, le préjudice n'est plus un facteur indépendant, mais représente plutôt un des facteurs à prendre en compte pour fixer les plafonds, et un arrêt des procédures sera prononcé lorsque le délai est inférieur au plafond uniquement dans des cas rares et manifestes. Si l'on modifie l'arrêt *Jordan* en rendant en théorie plus facile l'obtention d'un arrêt des procédures lorsque cette mesure est nécessaire pour tenir compte du préjudice subi par l'adolescent en cause, la clarté de la directive de l'arrêt *Jordan* selon laquelle un arrêt des procédures ne sera prononcé lorsque le délai est inférieur au plafond que dans des cas rares et manifestes se voit compromise et la prévisibilité de la présomption du caractère raisonnable du délai inférieur au plafond, ébranlée. Il n'est pas possible d'imaginer pire scénario :

young persons' differential tolerance for delay. To ask youth accused to prove special circumstances to show that delay below the ceiling is unreasonable imposes a disproportionately high burden on them.

The total delay in this case from the time M was charged to the end of his trial was 18 months and 28 days, above the 15-month presumptive ceiling. It is inappropriate to deduct two to three months as defence delay arising from the fact that M was 2½ hours late to one of his numerous court appearances. The transcript error was the result of an administrative oversight that the justice system could reasonably have mitigated. None of the delay in M's case should be characterized as defence delay or delay due to a discrete exceptional circumstance. Further, the delay in M's case is not justified by the transitional exception and the Crown has not demonstrated that the delay in this case was reasonable. Therefore, M's constitutional right to stand trial within a reasonable time was infringed, and a stay of proceedings should be granted.

Per Karakatsanis J. (dissenting): There is agreement with the majority that a separate presumptive ceiling in the YCJA context is neither warranted nor necessary to accommodate the distinct characteristics of young accused and the youth criminal justice system. Rather, the presumptive ceilings set out in *Jordan* apply in the context of the youth criminal justice system and adopting a more robust approach to examining the reasonableness of delays falling below the presumptive ceiling provides protection for the rights of young accused pursuant to s. 11(b) of the *Charter*. However, as no part of the total delay in this case can be characterized as defence delay or delay resulting from discrete exceptional circumstances, the delay suffered by M breaches the 18-month presumptive ceiling. The delay cannot be justified under the transitional exception as the Crown has failed to demonstrate on the evidence that the delay in this case was reasonable based on a reliance on the previous state of the law and therefore, a stay should be granted.

des plafonds rigides qui offrent aux adolescents une protection inférieure à celle dont ils bénéficiaient jusqu'ici et à laquelle ils avaient droit, ainsi qu'un manque de clarté et de prévisibilité quant aux situations dans lesquelles un arrêt des procédures sera prononcé lorsque le délai est inférieur au plafond, le cas échéant. Le test applicable aux délais « inférieurs au plafond » énoncé dans *Jordan* ne permet pas de tenir compte de la tolérance différente des adolescents envers les délais. Exiger d'un adolescent qu'il prouve l'existence de circonstances particulières pour démontrer qu'un délai inférieur au plafond est déraisonnable leur impose un fardeau disproportionné.

Dans la présente affaire, un délai total de 18 mois et 28 jours s'est écoulé entre le dépôt des accusations contre M et la conclusion de son procès, soit plus que le délai présumé de 15 mois. Il ne convient pas d'imputer à la défense un délai de deux à trois mois pour la simple raison que M est arrivé avec deux heures et demie de retard à l'une de ses nombreuses comparutions devant le tribunal. L'erreur commise quant à la transcription a été causée par une erreur administrative que le système judiciaire aurait raisonnablement pu atténuer. Dans le cas de M, aucune portion du délai ne devrait être imputée à la défense ou à un événement exceptionnel distinct. En outre, le délai dans le cas de M n'est pas justifié au regard de la mesure transitoire exceptionnelle et le ministère public n'a pas établi que le délai était raisonnable en l'espèce. En conséquence, le droit constitutionnel de M d'être jugé dans un délai raisonnable a été violé et il y aurait lieu de prononcer l'arrêt des procédures.

La juge Karakatsanis (dissidente) : Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que, dans le contexte de la *LSJPA*, il n'est ni justifié ni nécessaire d'établir un plafond distinct pour tenir compte des caractéristiques propres aux inculpés adolescents et au système de justice pénale créé pour eux. Les plafonds présumés établis dans l'arrêt *Jordan* s'appliquent plutôt dans le contexte du système de justice pénale pour les adolescents et la protection des droits des inculpés adolescents garantis par l'al. 11b) de la *Charte* est assurée par l'adoption d'une approche plus rigoureuse lors de l'analyse du caractère raisonnable des délais inférieurs au plafond présumé. Cependant, puisqu'aucune portion du délai total en l'espèce n'est imputable à la défense ou à des événements exceptionnels distincts, le délai subi par M dépasse le plafond présumé de 18 mois. Le délai ne peut se justifier par l'application de la mesure transitoire exceptionnelle puisque le ministère public n'a pas démontré, vu l'ensemble de la preuve, que le délai qui s'est écoulé en l'espèce était raisonnable du fait que les parties se seraient conformées au droit tel qu'il existait au préalable. Il y a lieu de prononcer l'arrêt des procédures.

There is no evidence that the youth criminal justice system suffers from endemic delays that would justify taking the exceptional judicial step of setting a new presumptive ceiling. A failure to lower the ceiling does not put young accused at a disadvantage compared to their adult counterparts and deprive them of the benefits that *Jordan* extended through the implementation of presumptive ceilings for delay. Young accused benefit from the presumptive 18-month ceiling set out in *Jordan* for cases going to trial in provincial courts and it is reasonable to presume that the entire criminal justice system, including the youth system, will ultimately benefit from positive initiatives generated in response to the presumptive ceilings established in *Jordan*. Further, a lower presumptive ceiling is not required to account for the unique prejudice that young persons suffer as a result of delay as the increased prejudice and the special considerations for young persons codified in the *YCJA* are both best accounted for through the below-ceiling test in *Jordan*.

Adapting *Jordan* in the context of the youth criminal justice system by way of the below-ceiling test gives effect to the s. 11(b) rights of young accused in two ways. First, it gives them the benefit of a presumptive ceiling and second, the below-ceiling test is sufficiently flexible to incorporate general considerations concerning the unique impact of delay on young accused and the greater need for timeliness in the youth criminal justice system. The greater need for timeliness, including the unique prejudicial impact of delays on youth, are not simply case-specific factors — such as the personal attributes, characteristics or circumstances of a specific young accused — used to determine whether the delay in a given case was markedly longer than it reasonably should have been. Rather, these considerations play a larger role: they must suffuse and inform the entire analysis in order to give effect to the statutory mandates in the *YCJA*. Thus, both steps of the below-ceiling test must take into account, and be adapted to incorporate, the increased need for timeliness in the youth criminal justice system.

Aucun élément de preuve ne permet de conclure que le système de justice pénale pour les adolescents souffre d'un problème de délais endémiques qui justifierait le recours à la mesure judiciaire exceptionnelle que constituerait la création d'un nouveau plafond présumé. Le refus d'établir un plafond inférieur ne place pas les inculpés adolescents dans une situation désavantageuse par rapport aux accusés adultes et ne les prive pas des avantages que l'arrêt *Jordan* a conférés en établissant des plafonds présumés en ce qui a trait aux délais. Les inculpés adolescents bénéficient du plafond présumé de 18 mois établi dans l'arrêt *Jordan* dans les affaires faisant l'objet d'un procès devant les cours provinciales et il est raisonnable de présumer que l'ensemble du système de justice pénale, y compris celui pour les adolescents, bénéficiera ultimement des mesures favorables qui seront prises en réponse aux plafonds présumés établis dans l'arrêt *Jordan*. De plus, il n'est pas nécessaire d'établir un plafond présumé inférieur pour tenir compte du préjudice particulier que subissent les adolescents du fait d'un délai, puisque recourir au test applicable aux délais inférieurs au plafond établi dans l'arrêt *Jordan* constitue la meilleure façon de tenir compte du préjudice plus important que subissent les adolescents ainsi que des facteurs particuliers qui s'appliquent à eux et qui sont codifiés par la *LSJPA*.

Adapter l'arrêt *Jordan* au contexte du système de justice pénale pour les adolescents au moyen du test applicable aux délais inférieurs au plafond, donne effet aux droits garantis aux inculpés adolescents par l'al. 11b), et ce, de deux façons. Tout d'abord, cela leur permet de bénéficier des plafonds présumés. Ensuite, le test applicable aux délais inférieurs au plafond est suffisamment souple pour tenir compte des facteurs généraux quant aux effets particuliers des délais sur les inculpés adolescents et à la nécessité accrue d'agir rapidement dans le système de justice pénale pour les adolescents. La nécessité accrue de traiter rapidement les affaires mettant en cause des adolescents et, notamment, l'effet préjudiciable particulier des délais sur ceux-ci ne sont pas de simples facteurs propres à l'affaire — au même titre que les traits personnels ou la situation de l'inculpé adolescent — dont on se sert pour déterminer si le délai dans un cas donné est nettement plus long que ce qu'il aurait dû raisonnablement être. Ces facteurs jouent de fait un rôle plus important : ils doivent imprégner et guider toute l'analyse pour donner effet à la mission législative exprimée par la *LSJPA*. Ainsi, les deux volets du test applicable aux délais inférieurs au plafond doivent tenir compte de la nécessité accrue de traiter rapidement les affaires régies par le système de justice pénale pour les adolescents et être modulés de manière à ce qu'on puisse l'y intégrer.

Jordan was referring to the criminal justice system as a whole when the Court explained that it expects stays beneath the ceiling to be rare, and limited to clear cases. Given the legislatively mandated and greater need for timeliness in the youth criminal justice system, it necessarily follows that delay in a proceeding against a young accused will become markedly longer than it reasonably should have been sooner, perhaps significantly so, than it will in a proceeding against an adult. Therefore, stays below the ceiling in the youth context will not be rare or limited to clear cases.

It is particularly important that the conduct of the defence be examined liberally and generously in the youth context. While more than resigned acquiescence is required, the defence is not required to engage in proactive conduct throughout and show that the accused is committed to having the case tried as quickly as possible. This requires too much from the defence and thereby risks undermining the state's general s. 11(b) obligation to try all accused without undue delay. *Jordan* imposed no requirement on the defence to engage in proactive conduct or to take steps to have the case tried as quickly as possible. Rather, the defence is required to act reasonably and expeditiously throughout the proceedings and take meaningful, sustained steps to expedite the proceedings. Further, the defence initiative required at the first step of the test will necessarily be less in the youth context than in the adult context.

Nothing in the jurisprudence before or after *Jordan* suggests that delays caused by failed attempts at extrajudicial sanction programs should be attributed to the defence. It is wrong to attribute these delays to the accused. It would have the practical effect of extending the presumptive ceiling for young accused beyond the 18-month ceiling that was set in *Jordan*. It would also undermine the emphasis on timeliness that must be accommodated in the below-ceiling test for matters in the youth criminal justice system.

Dans l'arrêt *Jordan*, la Cour songeait au système de justice pénale dans son ensemble lorsqu'elle a expliqué qu'elle s'attendait à ce que les arrêts de procédures prononcés dans des cas où le délai est inférieur au plafond soient rares, et limités aux cas manifestes. Compte tenu de la nécessité accrue reconnue par la loi de traiter rapidement les causes régies par le système de justice pénale pour les adolescents, il s'ensuit nécessairement que le délai dans une instance contre un inculpé adolescent deviendra nettement plus long qu'il aurait dû raisonnablement l'être plus tôt, et possiblement beaucoup plus tôt, que dans une instance concernant un adulte. Par conséquent, les arrêts de procédures dans les cas où le délai est inférieur au plafond ne seront ni rares ni limités aux cas manifestes dans le contexte des poursuites contre les adolescents.

Il est particulièrement important d'examiner le comportement de la défense de façon large et généreuse lorsqu'il s'agit d'inculpés adolescents. Même s'il faut plus qu'un acquiescement résigné, la défense n'a pas à agir de manière proactive durant toute l'instance et à démontrer que l'accusé est résolu à faire instruire son procès aussi rapidement que possible. Cela exige trop de la défense et risque par conséquent de compromettre l'obligation générale que l'al. 11b) impose à l'État de juger tous les accusés sans délai indu. L'arrêt *Jordan* n'exige pas de la défense qu'elle agisse de manière proactive ou qu'elle prenne des mesures pour faire instruire l'affaire le plus rapidement possible. La défense est plutôt tenue d'agir de manière raisonnable et expéditive tout au long de la procédure et de prendre des mesures utiles et soutenues pour accélérer la procédure. En outre, l'initiative dont la défense doit faire preuve selon le premier volet du test est nécessairement moins exigeante dans le contexte de la justice pour adolescents que dans celui de la justice pour adultes.

Rien dans la jurisprudence antérieure ou postérieure à l'arrêt *Jordan* ne permet de penser que les délais découlant des tentatives infructueuses visant à appliquer des sanctions extrajudiciaires devraient être imputés à la défense. Il ne conviendrait pas de mettre ces délais sur le compte de l'accusé. Cela se traduirait en pratique par le prolongement du plafond présumé pour les inculpés adolescents au-delà du plafond présumé de 18 mois fixé par l'arrêt *Jordan*. Cela réduirait aussi l'importance à accorder au traitement rapide des affaires dans l'application du test relatif aux délais inférieurs au plafond pour les causes régies par le système de justice pénale pour les adolescents.

Cases Cited

By Moldaver J.

Applied: *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; **referred to:** *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. M. (J.)*, 2017 ONCJ 4, 344 C.C.C. (3d) 217; *R. v. M. (G.C.)* (1991), 3 O.R. (3d) 223; *R. v. C. (T.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 1012; *R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3; *R. v. R.C.*, 2005 SCC 61, [2005] 3 S.C.R. 99; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3; *R. v. S.J.L.*, 2009 SCC 14, [2009] 1 S.C.R. 426; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651; *R. v. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173; *R. v. H.R.*, 2006 BCCA 211, 225 B.C.A.C. 127; *R. v. R.R.*, 2011 NSCA 86, 307 N.S.R. (2d) 319; *R. v. P.R.*, 2018 SKCA 27, 365 C.C.C. (3d) 120; *R. v. R. (T.)* (2005), 75 O.R. (3d) 645; *R. v. D. (S.)*, [1992] 2 S.C.R. 161; *R. v. L.B.*, 2014 ONCA 748, 325 O.A.C. 371; *R. v. M. (K.)*, 2017 ONCJ 8, 373 C.R.R. (2d) 234; *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659; *R. v. Ashraf*, 2016 ONCJ 584, 367 C.R.R. (2d) 30; *R. v. Zilney*, 2017 ONCJ 610, 390 C.R.R. (2d) 209; *R. v. Lavoie*, 2017 ABQB 66; *R. v. Mamouni*, 2017 ABCA 347, 58 Alta. L.R. (6th) 283; *R. v. King*, 2018 NLCA 66, 369 C.C.C. (3d) 1; *R. v. K.G.K.*, 2019 MBCA 9, 373 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Vader*, 2019 ABCA 191; *R. v. Vassell*, 2016 SCC 26, [2016] 1 S.C.R. 625.

By Abella and Brown JJ. (dissenting)

R. v. Jordan, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. S.J.L.*, 2009 SCC 14, [2009] 1 S.C.R. 426; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3; *R. v. R.C.*, 2005 SCC 61, [2005] 3 S.C.R. 99; *R. v. L.T.H.*, 2008 SCC 49, [2008] 2 S.C.R. 739; *R. v. M. (G.C.)* (1991), 3 O.R. (3d) 223; *R. v. D. (S.)*, [1992] 2 S.C.R. 161; *R. v. J. (M.A.)*, [1992] 2 S.C.R. 166; *R. v. R. (T.)* (2005), 75 O.R. (3d) 645; *R. v. H.R.*, 2006 BCCA 211, 225 B.C.A.C. 127; *R. v. R.R.*, 2011 NSCA 86, 307 N.S.R. (2d) 319; *R. v. L.B.*, 2014 ONCA 748, 325 O.A.C. 371; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. J.O.B.*, 2005 ABCA 296; *R. v. M.A.B.*, 2011 ABPC 87; *R. v. S.M.*, 2003 SKPC 39, 230 Sask. R. 25; *R. v. J. (S.)*, 2009 ONCJ 217, 192 C.R.R. (2d) 266; *R. v. H. (M.)*, 2008 ONCJ 643; *R. v. F. (T.)*, 2005 ONCJ 413; *R. v. L.S.*, 2005 ONCJ 113, 130 C.R.R. (2d) 81; *R. v. C. (Q.Q.)*, 2005 BCPC 89, 129 C.R.R. (2d) 189; *R. v. M. (J.)*, 2017 ONCJ 4, 344 C.C.C. (3d) 217; *R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêt appliqué : *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; **arrêts mentionnés :** *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. M. (J.)*, 2017 ONCJ 4, 344 C.C.C. (3d) 217; *R. c. M. (G.C.)* (1991), 3 O.R. (3d) 223; *R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012; *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3; *R. c. R.C.*, 2005 CSC 61, [2005] 3 R.C.S. 99; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3; *R. c. S.J.L.*, 2009 CSC 14, [2009] 1 R.C.S. 426; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651; *R. c. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173; *R. c. H.R.*, 2006 BCCA 211, 225 B.C.A.C. 127; *R. c. R.R.*, 2011 NSCA 86, 307 N.S.R. (2d) 319; *R. c. P.R.*, 2018 SKCA 27, 365 C.C.C. (3d) 120; *R. c. R. (T.)* (2005), 75 O.R. (3d) 645; *R. c. D. (S.)*, [1992] 2 R.C.S. 161; *R. c. L.B.*, 2014 ONCA 748, 325 O.A.C. 371; *R. c. M. (K.)*, 2017 ONCJ 8, 373 C.R.R. (2d) 234; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659; *R. c. Ashraf*, 2016 ONCJ 584, 367 C.R.R. (2d) 30; *R. c. Zilney*, 2017 ONCJ 610, 390 C.R.R. (2d) 209; *R. c. Lavoie*, 2017 ABQB 66; *R. c. Mamouni*, 2017 ABCA 347, 58 Alta. L.R. (6th) 283; *R. c. King*, 2018 NLCA 66, 369 C.C.C. (3d) 1; *R. c. K.G.K.*, 2019 MBCA 9, 373 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Vader*, 2019 ABCA 191; *R. c. Vassell*, 2016 CSC 26, [2016] 1 R.C.S. 625.

Citée par les juges Abella et Brown (dissidents)

R. c. Jordan, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. S.J.L.*, 2009 CSC 14, [2009] 1 R.C.S. 426; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3; *R. c. R.C.*, 2005 CSC 61, [2005] 3 R.C.S. 99; *R. c. L.T.H.*, 2008 CSC 49, [2008] 2 R.C.S. 739; *R. c. M. (G.C.)* (1991), 3 O.R. (3d) 223; *R. c. D. (S.)*, [1992] 2 R.C.S. 161; *R. c. J. (M.A.)*, [1992] 2 R.C.S. 166; *R. c. R. (T.)* (2005), 75 O.R. (3d) 645; *R. c. H.R.*, 2006 BCCA 211, 225 B.C.A.C. 127; *R. c. R.R.*, 2011 NSCA 86, 307 N.S.R. (2d) 319; *R. c. L.B.*, 2014 ONCA 748, 325 O.A.C. 371; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. J.O.B.*, 2005 ABCA 296; *R. c. M.A.B.*, 2011 ABPC 87; *R. c. S.M.*, 2003 SKPC 39, 230 Sask. R. 25; *R. c. J. (S.)*, 2009 ONCJ 217, 192 C.R.R. (2d) 266; *R. c. H. (M.)*, 2008 ONCJ 643; *R. c. F. (T.)*, 2005 ONCJ 413; *R. c. L.S.*, 2005 ONCJ 113, 130 C.R.R. (2d) 81; *R. c. C. (Q.Q.)*, 2005 BCPC 89, 129 C.R.R. (2d) 189; *R. c. M. (J.)*, 2017 ONCJ 4, 344 C.C.C. (3d) 217; *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3.

By Karakatsanis J. (dissenting)

R. v. Jordan, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *R. v. D. (S.)*, [1992] 2 S.C.R. 161; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. M. (G.C.)* (1991), 3 O.R. (3d) 223; *R. v. L.B.*, 2014 ONCA 748, 325 O.A.C. 371.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(b).
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 38(3).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 88(1), (2)(a), 268, 691(1)(a).
Juvenile Delinquents Act, 1908, S.C. 1908, c. 40.
Provincial Court Act, R.S.A. 2000, c. P-31, ss. 11, 12.
Provincial Court Act, R.S.B.C. 1996, c. 379, s. 2(5).
Young Offenders Act, R.S.C. 1985, c. Y-1.
Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, preamble, ss. 2(1), 3, 4 to 12, 13, 25, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 37(10), 38 to 82, 146.

Treaties and Other International Instruments

Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, Preamble, art. 40(1), (2)(b).
United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice, G.A. Res. 40/33, November 29, 1985, Rule 20.1.

Authors Cited

Bala, Nicholas. “Youth as Victims and Offenders in the Criminal Justice System: A Charter Analysis — Recognizing Vulnerability” (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 595.
 Bala, Nicholas, and Sanjeev Anand. *Youth Criminal Justice Law*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.
 Butts, Jeffrey A., Gretchen Ruth Cusick and Benjamin Adams. *Delays in Youth Justice*. Chicago: University of Chicago, 2009.
 Canada. Senate. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Delaying Justice is Denying Justice: An Urgent Need to Address Lengthy Court Delays in Canada (Final Report)* (June 2017) (online: https://sencanada.ca/content/sen/committee/421/LCJC/reports/Court_Delays_Final_Report_e.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC55_1_eng.pdf).
 Davis-Barron, Sherri. *Canadian Youth & the Criminal Law: One Hundred Years of Youth Justice Legislation in Canada*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
 Grisso, Thomas. “Adolescents’ Decision Making: A Developmental Perspective on Constitutional Provisions

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

R. c. Jordan, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *R. c. D. (S.)*, [1992] 2 R.C.S. 161; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. M. (G.C.)* (1991), 3 O.R. (3d) 223; *R. c. L.B.*, 2014 ONCA 748, 325 O.A.C. 371.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(b).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 88(1), (2)a), 268, 691(1)a).
Loi des jeunes délinquants, 1908, S.C. 1908, c. 40.
Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, c. 1, préambule, art. 2(1), 3, 4 à 12, 13, 25, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 37(10), 38 à 82, 146.
Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. 1985, c. Y-1.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, c. C.43, art. 38(3).
Provincial Court Act, R.S.A. 2000, c. P-31, art. 11, 12.
Provincial Court Act, R.S.B.C. 1996, c. 379, art. 2(5).

Traités et autres instruments internationaux

Convention relative aux droits de l’enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, préambule, art. 40(1), (2)b).
Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l’administration de la justice pour mineurs, A.G. Rés. 40/33, 29 novembre 1985, règle 20.1.

Doctrine et autres documents cités

Bala, Nicholas. « Youth as Victims and Offenders in the Criminal Justice System : A Charter Analysis — Recognizing Vulnerability » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 595.
 Bala, Nicholas, and Sanjeev Anand. *Youth Criminal Justice Law*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2012.
 Butts, Jeffrey A., Gretchen Ruth Cusick and Benjamin Adams. *Delays in Youth Justice*, Chicago, University of Chicago, 2009.
 Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. *Justice différée, justice refusée : L’urgence de réduire les longs délais dans le système judiciaire au Canada (rapport final)* (juin 2017) (en ligne : https://sencanada.ca/content/sen/committee/421/LCJC/Reports/CourtDelaysStudyInterimReport_f.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC55_1_fra.pdf).
 Davis-Barron, Sherri. *Canadian Youth & the Criminal Law : One Hundred Years of Youth Justice Legislation in Canada*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2009.
 Grisso, Thomas. « Adolescents’ Decision Making : A Developmental Perspective on Constitutional Provisions

in Delinquency Cases” (2006), 32 *New Eng. J. Crim. & Civ. Confinement* 3.

Harris, Peter, et al. “Working ‘In the Trenches’ with the YCJA” (2004), 46 *CJCCJ* 367.

Jones, Brock, Emma Rhodes and Mary Birdsell. *Prosecuting and Defending Youth Criminal Justice Cases: A Practitioner’s Handbook*, in Brian H. Greenspan and Vincenzo Rondinelli, eds., *Criminal Law Series*. Toronto: Emond, 2016.

Levick, Marsha, et al. “The Eighth Amendment Evolves: Defining Cruel and Unusual Punishment Through the Lens of Childhood and Adolescence” (2012), 15 *U. Pa. J.L. & Soc. Change* 285.

Steinberg, Laurence. “Adolescent Development and Juvenile Justice” (2009), 5 *Annu. Rev. Clin. Psychol.* 459.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (O’Ferrall, Veldhuis and Wakeling J.J.A.), 2018 ABCA 278, 74 Alta. L.R. (6th) 217, [2018] 10 W.W.R. 415, 364 C.C.C. (3d) 313, 417 C.R.R. (2d) 243, [2018] A.J. No. 1021 (QL), 2018 CarswellAlta 1767 (WL Can.), affirming the convictions of the accused for aggravated assault and possession of a weapon for a dangerous purpose. Appeal dismissed, Abella, Karakatsanis, Brown and Martin J.J. dissenting.

Graham Johnson and Tania Shapka, for the appellant.

Robert A. Fata, for the respondent.

Eric Siebenmorgen and Joanne Stuart, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Justin Tremblay and Marie Vaclair, for the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions.

Howard L. Krongold and Meaghan McMahon, for the intervener the Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Dane Bullerwell and Susan Haas, for the intervener the Legal Aid Society of Alberta.

Jane Stewart, Samira Ahmed and Mary Birdsell, for the intervener Justice for Children and Youth.

in Delinquency Cases » (2006), 32 *New Eng. J. Crim. & Civ. Confinement* 3.

Harris, Peter, et autres. « Working ‘In the Trenches’ with the YCJA » (2004), 46 *RCCJP* 367.

Jones, Brock, Emma Rhodes and Mary Birdsell. *Prosecuting and Defending Youth Criminal Justice Cases : A Practitioner’s Handbook*, in Brian H. Greenspan and Vincenzo Rondinelli, eds., *Criminal Law Series*, Toronto, Emond, 2016.

Levick, Marsha, et autres. « The Eighth Amendment Evolves : Defining Cruel and Unusual Punishment Through the Lens of Childhood and Adolescence » (2012), 15 *U. Pa. J.L. & Soc. Change* 285.

Steinberg, Laurence. « Adolescent Development and Juvenile Justice » (2009), 5 *Annu. Rev. Clin. Psychol.* 459.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges O’Ferrall, Veldhuis et Wakeling), 2018 ABCA 278, 74 Alta. L.R. (6th) 217, [2018] 10 W.W.R. 415, 364 C.C.C. (3d) 313, 417 C.R.R. (2d) 243, [2018] A.J. No. 1021 (QL), 2018 CarswellAlta 1767 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l’accusé pour voies de fait graves et pour possession d’une arme dans un dessein dangereux. Pourvoi rejeté, les juges Abella, Karakatsanis, Brown et Martin sont dissidents.

Graham Johnson et Tania Shapka, pour l’appellant.

Robert A. Fata, pour l’intimée.

Eric Siebenmorgen et Joanne Stuart, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Justin Tremblay et Marie Vaclair, pour l’intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales.

Howard L. Krongold et Meaghan McMahon, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Dane Bullerwell et Susan Haas, pour l’intervenante Legal Aid Society of Alberta.

Jane Stewart, Samira Ahmed et Mary Birdsell, pour l’intervenante Justice for Children and Youth.

The judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Gascon, Côté and Rowe JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[1] On April 12, 2015, the appellant, a “young person” under the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 (“YCJA”), was charged with various offences arising out of a fight in which he stabbed another youth in the face and the back of the head with a box cutter. He maintained his innocence, claiming self-defence. On November 9, 2016, almost 19 months after charges were laid, he was found guilty of aggravated assault contrary to s. 268 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and possession of a weapon for a dangerous purpose contrary to s. 88(1) of the *Criminal Code*. This followed not long after he had applied unsuccessfully for a stay of proceedings on the basis that the delay violated his right to be tried within a reasonable time under s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[2] In *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, which was released nearly 15 months after the appellant was charged, this Court introduced a new s. 11(b) framework, replacing the one established in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, and *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771. This new framework sought to address a “culture of complacency towards delay” that had emerged in the criminal justice system (para. 40). At its heart are two presumptive ceilings beyond which delay is presumed to be unreasonable: (1) an 18-month ceiling for single-stage provincial court proceedings; and (2) a 30-month ceiling for proceedings conducted in the superior court (para. 49).

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Gascon, Côté et Rowe rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] Le 12 avril 2015, l’appelant, un « adolescent » au sens de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1 (« LSJPA »), a été accusé de diverses infractions à la suite d’une bataille au cours de laquelle il a poignardé un autre adolescent au visage et à l’arrière de la tête avec un couteau à lame rétractable. Il a clamé son innocence et a prétendu avoir agi en légitime défense. Le 9 novembre 2016, presque 19 mois après le dépôt des accusations, il a été déclaré coupable de voies de fait graves, infraction décrite à l’art. 268 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et de possession d’une arme dans un dessein dangereux, infraction décrite au par. 88(1) du *Code criminel*. Cette déclaration de culpabilité a été prononcée peu après qu’il ait demandé sans succès un arrêt des procédures au motif que le délai portait atteinte au droit d’être jugé dans un délai raisonnable que lui garantit l’al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[2] Dans l’arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, qui a été rendu presque 15 mois après que l’appelant a été accusé, la Cour a introduit un nouveau cadre d’analyse applicable aux demandes fondées sur l’al. 11b), en remplacement de celui établi auparavant par les arrêts *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, et *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771. Ce nouveau cadre d’analyse avait pour but de s’attaquer à une « culture de complaisance vis-à-vis [d]es délais » qui avait émergé dans le système de justice pénale (par. 40). Au cœur de ce cadre d’analyse se trouvent deux plafonds présumés au-delà desquels le délai est présumé déraisonnable : (1) un plafond de 18 mois pour les affaires simples instruites devant une cour provinciale, et (2) un plafond de 30 mois pour celles instruites devant une cour supérieure (par. 49).

[3] This appeal raises two main issues. First, do these presumptive ceilings apply to youth justice court proceedings? Second, was the delay in the appellant's case unreasonable?

[4] I would answer the first issue in the affirmative. While the enhanced need for timeliness in youth matters is well established in the jurisprudence and codified in s. 3(1)(b)(iv) and (v) of the *YCJA*, this factor is accounted for within the existing *Jordan* framework. In particular, it can and should be considered in applying the test for a stay *below* the ceiling, which requires the defence to establish that “(1) it took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings, and (2) the case took markedly longer than it reasonably should have” (*Jordan*, at para. 48 (emphasis in original)). An accused's youthfulness should be considered in assessing the second branch of the test, assuming the first branch has been met. But unless and until it can be shown that *Jordan* is failing to adequately serve Canada's youth and society's broader interest in seeing youth matters tried expeditiously, there is in my view no need to consider, much less implement, a lower constitutional ceiling for youth matters.

[5] On the second issue, I am not persuaded that a stay is warranted in this case. After deducting two to three months of defence delay and about one month of delay resulting from an administrative error leading to the unavailability of a hearing transcript — a “discrete exceptional circumstance” (*Jordan*, at para. 75) — the delay in this case fell below the 18-month presumptive ceiling. Considering the test for a stay below the ceiling — which, in a transitional case such as this, must be applied in a manner that is “sensitive to the parties' reliance on the previous state of the law” (*ibid.*, at para. 99) — I am not persuaded that this case took markedly longer than it

[3] Le présent pourvoi soulève deux questions principales. Premièrement, ces plafonds présumés s'appliquent-ils aux affaires instruites devant les tribunaux pour adolescents? Deuxièmement, le délai dans la cause de l'appellant était-il déraisonnable?

[4] Je répondrais à la première question par l'affirmative. Bien que la nécessité accrue de traiter rapidement les affaires mettant en cause des adolescents soit bien établie dans la jurisprudence et codifiée aux sous-al. 3(1)(b)(iv) et (v) de la *LSJPA*, ce facteur est pris en compte dans le cadre d'analyse actuel établi dans l'arrêt *Jordan*. Plus particulièrement, il peut et il devrait être pris en compte lors de l'application du test pour déterminer s'il y a lieu de prononcer un arrêt des procédures lorsque le délai est *inférieur* au plafond, test qui exige que la défense établisse « (1) qu'elle a pris des mesures utiles qui font la preuve d'un effort soutenu pour accélérer l'instance, et (2) que le procès a été nettement plus long qu'il aurait dû raisonnablement l'être » (*Jordan*, par. 48 (en italique dans l'original)). La jeunesse d'un accusé devrait être prise en compte lors de l'évaluation du deuxième volet du test, en supposant qu'il a été satisfait au premier volet. Toutefois, tant qu'il n'aura pas été démontré que l'arrêt *Jordan* ne sert pas adéquatement les jeunes du Canada et l'intérêt plus large de sa société à ce que les affaires mettant en cause des adolescents soient traitées rapidement, il ne me paraît pas nécessaire d'envisager, et encore moins de mettre en place, un plafond constitutionnel moins élevé pour ce type d'affaires.

[5] En ce qui concerne la deuxième question, je ne suis pas convaincu qu'un arrêt des procédures soit justifié en l'espèce. Après déduction d'un délai de deux à trois mois imputable à la défense et d'un délai d'environ un mois découlant d'une erreur administrative ayant mené à l'indisponibilité de la transcription d'une audience — un « événement exceptionnel distinct » (*Jordan*, par. 75) —, le délai en l'espèce est inférieur au plafond présumé de 18 mois. Si je tiens compte du test pour déterminer s'il y a lieu de prononcer un arrêt des procédures lorsque le délai est inférieur au plafond — qui, dans une affaire en cours d'instance durant la période transitoire comme

reasonably should have. Accordingly, I would dismiss the appeal.

II. Background

[6] On April 11, 2015, the appellant, then 15 years old, got in a fight with the complainant, then 16 years old, at a house party. During the fight, the appellant stabbed the complainant in the face and the back of the head with a box cutter, causing serious injuries. The appellant would later claim he acted in self-defence.

[7] On April 12, 2015, the appellant was arrested and charged with a number of offences, including aggravated assault contrary to s. 268 of the *Criminal Code*, and possession of a weapon for a dangerous purpose contrary to s. 88(1) of the *Criminal Code*. Bail was initially denied, but on April 21, 2015, the Crown consented to the appellant's release on his own undertaking, with minimal conditions.¹

[8] On May 19, 2015, the appellant pleaded not guilty to all charges. Defence counsel hoped to schedule the trial for June 29, 2015, but this was not a sitting day due to judicial vacations. Instead, the trial was scheduled to be heard in Provincial Court in Fort McMurray on September 16, 2015.

[9] On September 16, 2015, the Crown advised that it would be seeking to tender a statement made by the appellant to the police, reversing its previous position on the matter. This necessitated a *voir dire* to determine the admissibility of the statement under s. 146 of the *YCJA*. However, there was insufficient

¹ The appellant undertook to keep the peace and be of good behaviour, have no contact with the complainant, not possess any weapons, report in person as directed, not attend liquor establishments, and advise his bail supervisor of any changes in residence.

celle-ci, doit être appliqué d'une manière qui est « sensible au fait que les parties se sont fiées à l'état du droit qui prévalait auparavant » (*ibid.*, par. 99) —, je ne suis pas convaincu que la présente cause ait été nettement plus longue qu'elle aurait dû raisonnablement l'être. Par conséquent, je rejeterais le pourvoi.

II. Contexte

[6] Le 11 avril 2015, lors d'une fête, l'appelant, alors âgé de 15 ans, s'est battu avec le plaignant, alors âgé de 16 ans. Durant la bataille, l'appelant a poignardé le plaignant au visage et à l'arrière de la tête avec un couteau à lame rétractable, lui causant des blessures graves. Par la suite, l'appelant a prétendu avoir agi en légitime défense.

[7] Le 12 avril 2015, l'appelant a été arrêté et accusé d'un certain nombre d'infractions, y compris de voies de fait graves, infraction décrite à l'art. 268 du *Code criminel*, et de possession d'une arme dans un dessein dangereux, infraction décrite au par. 88(1) du *Code criminel*. Sa mise en liberté sous caution a initialement été refusée, mais le 21 avril 2015, le ministère public a consenti à ce que l'appelant soit libéré sur promesse de se conformer à des conditions minimales¹.

[8] Le 19 mai 2015, l'appelant a plaidé non coupable à toutes les accusations. L'avocat de la défense espérait que le procès se tienne le 29 juin 2015, mais ce n'était pas une journée de séance, en raison des vacances judiciaires. Le procès a plutôt été fixé au 16 septembre 2015, devant la Cour provinciale de Fort McMurray.

[9] Le 16 septembre 2015, le ministère public a indiqué qu'il tenterait de déposer une déclaration que l'appelant avait faite à la police, revenant ainsi sur la position qu'il avait adoptée auparavant sur la question. Il fallait donc désormais tenir un voir-dire afin de juger de l'admissibilité de la déclaration,

¹ L'appelant a promis de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite, de s'abstenir de tout contact avec le plaignant, de ne pas posséder d'armes, de se présenter en personne lorsqu'on le lui demande, de ne pas se trouver dans des établissements où l'on vend des boissons alcoolisées et d'informer son surveillant de liberté sous caution de tout changement de résidence.

time to complete the *voir dire* that day, so it was put over to March 2, 2016, the earliest date available. Defence counsel indicated that there was no s. 11(b) waiver.

[10] On the morning of March 2, 2016, while the Crown and its witnesses were ready to proceed at the scheduled start time, the appellant did not show up on time. In the interim, the Crown dealt with other matters, and the *voir dire* did not commence until the afternoon. The court sat for about 2½ hours that afternoon. However, as the Crown predicted earlier that morning, more time was needed to complete the *voir dire*. A continuation date was set for July 28, 2016 (the earliest date available) for five hours. Defence counsel reiterated that there was no s. 11(b) waiver, and the trial judge indicated that any s. 11(b) application should be brought before the July 28 continuation date.

[11] On July 8, 2016, nearly 15 months after the appellant was charged, this Court's decision in *Jordan* was released.

[12] On July 28, 2016, the *voir dire* concluded and the trial judge asked the court clerk to order a transcript of the proceedings. The Crown was not involved in ordering the transcript and did not request a copy. The matter was then adjourned to September 6, 2016, for a ruling on the admissibility of the appellant's statement to the police.

[13] On September 6, 2016, the trial judge advised the parties that the transcript had appeared in her box that morning; she acknowledged, however, that it may have arrived in the office the week before while she was away on vacation. Unfortunately, it was incomplete. Accordingly, she adjourned the matter to October 4, 2016, so that she could re-order and review the full transcript before issuing a ruling.

comme le prévoit l'art. 146 de la *LSJPA*. Il ne restait toutefois pas suffisamment de temps cette journée-là pour tenir un voir-dire et celui-ci a donc été repoussé au 2 mars 2016, la première date disponible. L'avocat de la défense a indiqué que son client ne renonçait pas à son droit garanti par l'al. 11b).

[10] Le matin du 2 mars 2016, alors que le ministère public et ses témoins étaient prêts à procéder à l'heure prévue, l'appelant ne s'est pas présenté à temps. Dans l'intervalle, le ministère public a traité d'autres dossiers, et le voir-dire n'a commencé qu'en après-midi. La cour a siégé pendant environ deux heures et demie cet après-midi-là. Cependant, comme le ministère public l'avait prédit plus tôt le matin, il fallait plus de temps pour terminer le voir-dire. La reprise de l'audience a été fixée au 28 juillet 2016 (la première date disponible) pour une durée de cinq heures. L'avocat de la défense a répété que son client ne renonçait pas à son droit garanti par l'al. 11b), et la juge du procès a indiqué que toute demande fondée sur cette disposition devrait être présentée avant le 28 juillet.

[11] Le 8 juillet 2016, presque 15 mois après que l'appelant a été accusé, l'arrêt *Jordan* a été rendu par la Cour.

[12] Le 28 juillet 2016, le voir-dire s'est terminé et la juge du procès a demandé au greffier du tribunal de commander la transcription de l'audience. Le ministère public n'a joué aucun rôle à cet égard et n'a pas demandé de copie de la transcription. L'affaire a ensuite été ajournée jusqu'au 6 septembre 2016, date à laquelle la décision quant à l'admissibilité de la déclaration que l'appelant avait faite à la police serait rendue.

[13] Le 6 septembre 2016, la juge du procès a informé les parties que la transcription était arrivée dans sa boîte ce matin-là; elle a toutefois reconnu qu'il était possible qu'elle soit arrivée à son bureau la semaine précédente alors qu'elle était en congé. Malheureusement, cette transcription était incomplète. La juge du procès a donc ajourné l'affaire jusqu'au 4 octobre 2016, afin de pouvoir commander de nouveau la transcription et d'en examiner une version complète avant de rendre un jugement.

[14] On October 4, 2016, the trial judge ruled that the appellant's statement to the police was inadmissible. In addition, defence counsel advised of his intention to file a s. 11(b) *Charter* application, which he did the next day. The next court date was eventually scheduled for October 19, 2016.

[15] On October 19, 2016, the appellant testified and the defence closed its case. The matter was then set over to October 24, 2016 for argument on the s. 11(b) application.

[16] On October 24, 2016, approximately 18½ months post-charge, the trial judge heard argument on the appellant's s. 11(b) application and dismissed it.

[17] On November 2, 2016, final submissions concluded and the trial judge reserved judgment.

[18] On November 9, 2016, the trial judge issued her decision rejecting the appellant's claim of self-defence and convicting him of aggravated assault and possession of a weapon for a dangerous purpose. The remaining charges were dismissed.

[19] On February 1, 2017, the appellant was sentenced to 160 days in custody on the aggravated assault charge and 20 days on the weapon possession charge, less time spent in custody before and after conviction, followed by community supervision and probation. He has since served his sentence.

III. Decisions Below

A. *Section 11(b) Ruling — Provincial Court of Alberta (No. 150428860Y1) (Cleary Prov. Ct. J.) (Unreported)*

[20] In her s. 11(b) ruling, the trial judge found that the total delay was somewhat uncertain, as the trial

[14] Le 4 octobre 2016, la juge du procès a tranché : la déclaration que l'appelant avait faite à la police était inadmissible. Durant la même audience, l'avocat de la défense a mentionné qu'il avait l'intention de déposer une demande fondée sur l'al. 11b) de la *Charte*, ce qu'il a fait le lendemain. En définitive, la journée suivante de comparution a été fixée au 19 octobre 2016.

[15] Le 19 octobre 2016, l'appelant a témoigné et la défense a clos sa preuve. L'affaire a ensuite été inscrite au rôle du 24 octobre 2016 pour la présentation des arguments concernant la demande fondée sur l'al. 11b).

[16] Le 24 octobre 2016, approximativement 18 mois et demi après le dépôt des accusations, la juge du procès a entendu les arguments de l'appelant concernant sa demande fondée sur l'al. 11b) et l'a ensuite rejetée.

[17] Le 2 novembre 2016, les plaidoiries finales se sont terminées et la juge du procès a mis l'affaire en délibéré.

[18] Le 9 novembre 2016, la juge du procès a rendu sa décision et a rejeté l'allégation de légitime défense de l'appelant, le déclarant coupable de voies de fait graves et de possession d'une arme dans un dessein dangereux. Les autres accusations ont été rejetées.

[19] Le 1^{er} février 2017, l'appelant a été condamné à 160 jours d'emprisonnement pour l'accusation de voies de fait graves et à 20 jours pour l'accusation de possession d'une arme dans un dessein dangereux, moins le temps passé en détention avant et après sa déclaration de culpabilité, suivi d'une période de probation et de surveillance à purger dans la collectivité. Il a depuis purgé sa peine.

III. Juridictions d'instances inférieures

A. *Décision concernant l'al. 11b) — Cour provinciale de l'Alberta (n° 150428860Y1) (la juge Cleary) (non publiée)*

[20] Dans sa décision concernant l'al. 11b), la juge du procès a conclu que le délai total était quelque

had yet to complete. She estimated that it fell somewhere between 18 and 19 months. She did not attribute any delay to either the Crown or the defence, and she found that the approximate one-month delay caused by the unavailability of the *voir dire* transcript was not a discrete exceptional circumstance.

[21] The trial judge reasoned that because the delay exceeded the 18-month *Jordan* ceiling, it was presumptively unreasonable. However, she refused to enter a stay, reasoning that “it is just not the clearest of cases where I should stay it” (A.R., at p. 3). In the result, she dismissed the s. 11(b) application.

B. *Court of Appeal of Alberta (O’Ferrall, Veldhuis (Dissenting) and Wakeling J.J.A.) (2018 ABCA 278, 74 Alta. L.R. (6th) 217)*

[22] The appellant appealed the trial judge’s s. 11(b) ruling, raising for the first time the argument that the 18-month presumptive ceiling established in *Jordan* should be lowered in youth cases. The Alberta Court of Appeal dismissed the appeal, Veldhuis J.A. dissenting. The three justices wrote separate reasons, each taking a distinct approach.

(1) Wakeling J.A.

[23] Justice Wakeling held that the *Jordan* ceilings apply equally to youth matters. He added that even if *Jordan* left the door open to a lower ceiling for youth matters, the record did not allow the court to rationally determine what that ceiling should be.

[24] Applying the *Jordan* framework, Wakeling J.A. observed that the total delay was just under 19 months. He concluded that the approximate one-month delay arising from the unavailability of the *voir dire* transcript was not caused by the Crown and was clearly outside the Crown’s control. On

peu incertain, car le procès n’était pas encore terminé. Selon ses estimations, il se situait entre 18 et 19 mois. Elle n’a imputé aucun délai au ministère public ou à la défense et a conclu que le délai d’environ un mois causé par l’indisponibilité de la transcription du voir-dire ne constituait pas un événement exceptionnel distinct.

[21] Selon la juge du procès, comme le délai dépassait le plafond de 18 mois établi dans l’arrêt *Jordan*, il était présumé déraisonnable. Elle a toutefois refusé d’ordonner l’arrêt des procédures, considérant qu’il [TRADUCTION] « ne s’agit pas d’un des cas les plus manifestes pour lesquels je devrais prononcer l’arrêt des procédures » (d.a., p. 3). Elle a donc rejeté la demande fondée sur l’al. 11b).

B. *Cour d’appel de l’Alberta (les juges O’Ferrall, Veldhuis (dissidente) et Wakeling) (2018 ABCA 278, 74 Alta. L.R. (6th) 217)*

[22] L’appelant a interjeté appel de la décision de la juge du procès concernant l’al. 11b) et a soulevé pour la première fois l’argument selon lequel le plafond présumé de 18 mois établi dans l’arrêt *Jordan* devrait être abaissé pour les affaires mettant en cause des adolescents. La Cour d’appel de l’Alberta a rejeté l’appel, la juge Veldhuis était dissidente. Les trois juges ont rédigé des motifs distincts, chacun adoptant une approche différente.

(1) Le juge Wakeling

[23] Le juge Wakeling a conclu que les plafonds établis dans l’arrêt *Jordan* s’appliquaient également aux affaires mettant en cause des adolescents. Il a ajouté que même si l’arrêt *Jordan* avait laissé la porte ouverte à un plafond plus bas pour ce type d’affaires, le dossier en l’espèce ne permettait pas à la cour de déterminer rationnellement quel devrait être ce plafond.

[24] Appliquant le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Jordan*, le juge Wakeling a observé que le délai total était d’un peu moins de 19 mois. Il a conclu que le délai d’environ un mois découlant de l’indisponibilité de la transcription du voir-dire n’avait pas été causé par le ministère public et était clairement hors

this basis, he characterized this delay as an exceptional circumstance and deducted it accordingly. This brought the delay just below the 18-month ceiling.

[25] Having concluded that the delay fell below the 18-month ceiling, Wakeling J.A. noted that a stay could be ordered only if the appellant could show that (1) he made a sustained effort to expedite the proceedings and (2) the case took markedly longer than it should have. Justice Wakeling found no evidence to this effect. He therefore concluded that the appellant had been tried within a reasonable time.

[26] Alternatively, Wakeling J.A. stated that if the delay *did* exceed the 18-month ceiling, then it was justified under the transitional exception. Considering the pre-*Jordan* jurisprudence, he noted that the offences were serious, the victim suffered severe and permanent facial scars, and “[t]he Crown undoubtedly and reasonably assumed that the seriousness of the offences weighed heavily against a stay being granted” (para. 45). He further noted that while prejudice was an important consideration under the *Morin* framework, the appellant was in custody for only nine days, and his release conditions were not onerous — there was “no evidence of actual prejudice and no inference of prejudice aris[ing] from the delay itself” (para. 46). He therefore concluded that the appellant was tried within a reasonable time under the *Morin* framework as well.

(2) O’Ferrall J.A. (Concurring)

[27] Justice O’Ferrall rejected the notion that any presumptive ceiling should be applied in youth justice court proceedings, stating that “given the arbitrariness and the relative inflexibility of any presumptive ceiling, it would be wrong in law to apply presumptive ceilings to young persons” (para. 71). He added that *Jordan* could not have been intended to apply to youth matters because “delay which may

de son contrôle. Sur ce fondement, il a caractérisé ce délai d’événement exceptionnel et l’a donc déduit du délai total. Ceci a donc ramené le délai à tout juste en deçà du plafond de 18 mois.

[25] Ayant conclu que le délai était inférieur au plafond de 18 mois, le juge Wakeling a signalé qu’un arrêt des procédures pouvait être ordonné seulement si l’appelant arrivait à démontrer : (1) qu’il avait fait un effort soutenu pour accélérer l’instance; et (2) que le procès avait été nettement plus long qu’il aurait dû l’être. Le juge Wakeling n’a trouvé aucune preuve à cet effet. Il a donc conclu que l’appelant avait été jugé dans un délai raisonnable.

[26] Subsidièrement, le juge Wakeling a déclaré que si le délai *dépassait* le plafond de 18 mois, il était alors justifié au regard de l’exception transitoire. Tenant compte de la jurisprudence antérieure à l’arrêt *Jordan*, il a mentionné que les infractions étaient graves, que la victime se retrouvait avec des cicatrices importantes et permanentes au visage et que [TRADUCTION] « le ministère public avait sans aucun doute et raisonnablement supposé que la gravité des infractions militait fortement contre un arrêt des procédures » (par. 45). Il a ajouté que même si le préjudice était un facteur important à prendre en considération selon le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Morin*, l’appelant n’avait été en détention que pendant neuf jours et les conditions de sa mise en liberté n’avaient pas été sévères — il n’y avait en outre « aucune preuve d’un préjudice réel et on ne [pouvait] pas déduire qu’il y avait eu préjudice en raison du délai » (par. 46). Il a donc conclu que l’appelant avait été jugé dans un délai raisonnable au regard également du cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Morin*.

(2) Le juge O’Ferrall (motifs concordants)

[27] Le juge O’Ferrall a rejeté l’idée selon laquelle un plafond présumé devrait être appliqué aux instances devant les tribunaux pour adolescents. En effet, selon lui, [TRADUCTION] « étant donné le caractère arbitraire et la rigidité relative des plafonds présumés, il serait mal fondé en droit de les appliquer aux adolescents » (par. 71). En outre, à son avis, il est impossible que l’arrêt *Jordan* ait été conçu pour

be reasonable in the adult criminal justice system may be unreasonable in the youth court” (para. 76). He also suggested that the converse is true: “delay which may be unreasonable in the adult criminal justice system may be perfectly reasonable in youth court if, for example, the reason for the delay is to attempt to rehabilitate and integrate the young person by postponing prosecution of charges pending the taking of extrajudicial measures or the imposition of extrajudicial sanctions” (*ibid.*).

[28] Turning to the appellant’s case, O’Ferrall J.A. stressed that ordering a stay “would do nothing to promote the [YCJA] principles of holding young persons accountable or of promoting their rehabilitation and reintegration” (para. 65). He therefore concluded that the appeal should be dismissed.

(3) Veldhuis J.A. (Dissenting)

[29] Writing in dissent, Veldhuis J.A. acknowledged that *Jordan* was meant to apply broadly to create a uniform s. 11(b) approach and that new categories of persons entitled to different presumptive ceilings cannot be created lightly. However, she was satisfied that creating a new presumptive ceiling for young persons facing single-stage proceedings in provincial court was consistent with both the reasoning in *Jordan* and the pre-*Jordan* case law recognizing “the additional prejudice faced by young person[s] experiencing long pre-trial delays” (para. 81). Relying on *R. v. M. (J.)*, 2017 ONCJ 4, 344 C.C.C. (3d) 217, she set this ceiling at 15 months.

[30] Turning to the appellant’s case, Veldhuis J.A. agreed with the trial judge that the approximate one-month delay caused by the unavailability of the *voir dire* transcript was not an exceptional circumstance.

qu’il s’applique aux affaires mettant en cause des adolescents, parce qu’un « délai qui est raisonnable dans le système de justice pénale pour adultes peut être déraisonnable dans le système de justice pénale pour adolescents » (par. 76). Il a également souligné que le contraire est vrai : « un délai qui est déraisonnable dans le système de justice pénale pour adultes peut être parfaitement raisonnable dans le système de justice pénale pour adolescents si, par exemple, ce délai a couru pour tenter de réadapter l’adolescent et de le réintégrer dans la société en repoussant la poursuite des accusations jusqu’à ce que des mesures extrajudiciaires soient prises ou que des sanctions extrajudiciaires soient imposées » (*ibid.*).

[28] En ce qui concerne le cas de l’appelant, le juge O’Ferrall a indiqué que le fait d’ordonner un arrêt des procédures [TRADUCTION] « n’aiderait pas à promouvoir les principes suivants de la [LSJPA] : obliger les adolescents à répondre de leurs actes ainsi que favoriser leur réadaptation et leur réinsertion sociale » (par. 65). Il a donc conclu que l’appel devrait être rejeté.

(3) La juge Veldhuis (motifs dissidents)

[29] La juge Veldhuis, dissidente, a reconnu que l’arrêt *Jordan* était destiné à s’appliquer de manière générale afin de créer une approche uniforme relative à l’al. 11(b) et que l’on ne pouvait créer à la légère de nouvelles catégories de personnes ayant droit à des plafonds présumés différents de ceux établis par cet arrêt. Cependant, elle était convaincue que la création d’un nouveau plafond présumé pour les adolescents qui font l’objet de poursuites simples devant une cour provinciale était conforme au raisonnement formulé dans l’arrêt *Jordan* ainsi qu’à la jurisprudence antérieure à cet arrêt, reconnaissant [TRADUCTION] « le préjudice additionnel que subissent les adolescents lorsque les délais antérieurs au procès sont longs » (par. 81). Se fondant sur l’affaire *R. c. M. (J.)*, 2017 ONCJ 4, 344 C.C.C. (3d) 217, elle a établi ce plafond à 15 mois.

[30] En ce qui concerne le cas de l’appelant, la juge Veldhuis a souscrit à l’avis de la juge du procès selon lequel le délai approximatif d’un mois découlant de l’indisponibilité de la transcription

She therefore found that the delay remained at 18½ months, surpassing the 15-month ceiling.

[31] Considering the transitional exception, Veldhuis J.A. concluded that the trial judge erred by applying a “clearest of cases” test. Rather, she said, the onus rested on the Crown to establish that the delay was justified based on the parties’ reasonable reliance on the pre-*Jordan* jurisprudence, which required that the court consider: (1) the complexity of the case; (2) the delay relative to the *Morin* guidelines; (3) the parties’ response to the delay; and (4) the prejudice to the accused. Applying this framework, Veldhuis J.A. reached the following conclusions:

- (1) Complexity — The lack of complexity of the case weighed in favour of a stay.
- (2) Delay relative to the *Morin* guidelines — The 12¾ months of institutional and Crown delay exceeded the 5-6 month range for youth matters suggested in *R. v. M. (G.C.)* (1991), 3 O.R. (3d) 223 (C.A.), as well as the 8-10 month range identified in *Morin*. This weighed in favour of a stay.
- (3) Parties’ response to the delay — The appellant demonstrated his commitment to getting the matter resolved as quickly as possible, while the Crown showed little motivation to move the matter through the system quickly and made prosecutorial decisions that caused delay.
- (4) Prejudice — While the appellant led no evidence of prejudice, significant prejudice could be inferred given his age.

[32] Ultimately, Veldhuis J.A. concluded that the transitional exception was not engaged, as a proper application of the *Morin* framework would have

du voir-dire ne constituait pas un événement exceptionnel. Elle a donc conclu que le délai restait de 18 mois et demi et qu’il dépassait le plafond de 15 mois.

[31] Compte tenu de l’exception transitoire, la juge Veldhuis a conclu que la juge du procès avait commis une erreur en appliquant le critère des « cas les plus manifestes ». Selon elle, il incombait plutôt au ministère public d’établir que le délai était justifié compte tenu du fait que les parties s’étaient raisonnablement fondées sur la jurisprudence antérieure à l’arrêt *Jordan*, ce qui obligeait la cour à examiner (1) la complexité de l’affaire; (2) le délai par rapport aux lignes directrices établies dans l’arrêt *Morin*; (3) la réponse des parties à ce délai; et (4) le préjudice subi par l’accusé. En appliquant ce cadre d’analyse, la juge Veldhuis est parvenue aux conclusions suivantes :

- (1) La complexité — L’absence de complexité de l’affaire militait en faveur d’un arrêt des procédures.
- (2) Le délai par rapport aux lignes directrices établies dans l’arrêt *Morin* — Le délai imputable au ministère public et le délai institutionnel, qui totalisaient 12 mois et trois quarts, dépassaient la période de cinq à six mois suggérée pour les affaires mettant en cause des adolescents par la décision *R. c. M. (G.C.)* (1991), 3 O.R. (3d) 223 (C.A.), ainsi que celle de huit à dix mois établie dans l’arrêt *Morin*. Cela militait en faveur d’un arrêt des procédures.
- (3) La réponse des parties au délai — L’appelant a démontré son engagement à régler l’affaire le plus vite possible, tandis que le ministère public s’est montré peu motivé à faire progresser l’affaire rapidement dans le système et a pris des décisions qui ont entraîné des délais.
- (4) Le préjudice — Bien que l’appelant n’ait fourni aucune preuve de préjudice, on pourrait déduire qu’il a subi un préjudice important étant donné son âge.

[32] En fin de compte, la juge Veldhuis a conclu que l’exception transitoire ne s’appliquait pas, car une application adéquate du cadre d’analyse établi

resulted in a stay. Accordingly, she would have allowed the appeal and entered a stay.

IV. Issues

[33] This appeal raises two main issues:

- (1) Do the presumptive ceilings established in *Jordan* apply to youth justice court proceedings?
- (2) Was the delay in the appellant's case unreasonable?

V. Analysis

A. *Requirement for Leave to Appeal to This Court in Youth Cases*

[34] Before turning to the issues on appeal, I wish to briefly clarify a preliminary matter regarding leave to appeal to this Court in youth cases.

[35] The appellant filed a notice of appeal on the basis that s. 691(1)(a) of the *Criminal Code* permits him to appeal to this Court as of right based on Veldhuis J.A.'s dissent. That section allows a person who is convicted of an indictable offence, and whose conviction is affirmed by a court of appeal, to appeal to this Court as of right on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents. However, as this Court observed in *R. v. C. (T.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 1012, young persons tried for an indictable offence under what is now the *YCJA* do not enjoy a right of appeal to this Court (see p. 1017). Rather, leave is required under s. 37(10) of the *YCJA*.

[36] Having invited submissions on this jurisdictional issue prior to the hearing, this Court granted an extension of time to apply for leave to appeal and granted that application at the beginning of the hearing. The Crown did not oppose the granting of leave.

dans l'arrêt *Morin* aurait donné lieu à un arrêt des procédures. En conséquence, elle aurait accueilli l'appel et prononcé un arrêt des procédures.

IV. Questions en litige

[33] Le présent pourvoi soulève deux questions principales :

- (1) Les plafonds présumés établis dans l'arrêt *Jordan* s'appliquent-ils aux affaires instruites devant les tribunaux pour adolescents?
- (2) Le délai dans la cause de l'appelant était-il déraisonnable?

V. Analyse

A. *Obligation de présenter une demande d'autorisation d'appel à la Cour dans les affaires mettant en cause des adolescents*

[34] Avant de passer aux questions en litige, j'aimerais clarifier brièvement une question préliminaire concernant les autorisations d'appel devant la Cour dans les affaires mettant en cause des adolescents.

[35] L'appelant a déposé un avis d'appel au motif que l'al. 691(1)a du *Code criminel* lui permet d'interjeter appel de plein droit à la Cour, du fait de la dissidence de la juge Veldhuis. Cette disposition autorise la personne déclarée coupable d'un acte criminel et dont la condamnation est confirmée par la cour d'appel à interjeter appel de plein droit à la Cour sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident. Or, comme la Cour l'a noté dans l'arrêt *R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012, les adolescents jugés pour un acte criminel en application de ce qui est maintenant la *LSJPA* ne bénéficient pas d'un droit d'appel devant la Cour (voir p. 1017). Ils doivent plutôt demander une autorisation d'appel aux termes du par. 37(10) de la *LSJPA*.

[36] Ayant demandé des observations sur cette question de compétence avant l'audience, la Cour a autorisé une prorogation du délai pour présenter une demande d'autorisation d'appel et a accueilli cette dernière au début de l'audience. Le ministère public ne s'est pas opposé à cette décision.

[37] Having settled this preliminary matter, I turn to the primary issue on appeal: whether the *Jordan* ceilings apply to youth justice court proceedings.

B. *Do the Presumptive Ceilings Established in Jordan Apply to Youth Justice Court Proceedings?*

(1) Section 11(b) — The Right to Be Tried Within a Reasonable Time

[38] Section 11(b) of the *Charter* provides that “[a]ny person charged with an offence has the right . . . to be tried within a reasonable time”. This right serves both individual and societal interests (see *Jordan*, at paras. 19-28). At the individual level, it protects the accused’s “liberty, as regards to pre-trial custody or bail conditions; security of the person, in the sense of being free from the stress and cloud of suspicion that accompanies a criminal charge; and the right to make full answer and defence, insofar as delay can prejudice the ability of the defendant to lead evidence, cross-examine witnesses, or otherwise to raise a defence” (*R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3, at para. 30; see also *Morin*, at pp. 801-3; and *Jordan*, at para. 20). At the societal level, “[t]imely trials allow victims and witnesses to make the best possible contribution to the trial, and minimize the ‘worry and frustration [they experience] until they have given their testimony’”, and permit them to move on with their lives (see *Jordan*, at paras. 23-24, citing *Askov*, at p. 1220). Society also has an interest in seeing that citizens accused of crimes are treated humanely and fairly (see *Morin*, at p. 786), and timely trials help maintain the public’s confidence in the administration of justice, which is “essential to the survival of the system itself” (*Jordan*, at paras. 25-26). “In short, timely trials further the interests of justice” (*ibid.*, at para. 28).

[37] Maintenant que cette question préliminaire est réglée, je me tourne vers la question principale du pourvoi, à savoir si les plafonds établis dans l’arrêt *Jordan* s’appliquent aux affaires instruites devant les tribunaux pour adolescents.

B. *Les plafonds présumés établis dans l’arrêt Jordan s’appliquent-ils aux affaires instruites devant les tribunaux pour adolescents?*

(1) Alinéa 11b) — Le droit d’être jugé dans un délai raisonnable

[38] L’alinéa 11b) de la *Charte* prévoit que « [t]out inculpé a le droit [. . .] d’être jugé dans un délai raisonnable ». Ce droit est important tant pour les individus que pour la société dans son ensemble (voir *Jordan*, par. 19-28). À l’échelle de l’individu, il protège « [la] liberté [de l’accusé], en ce qui touche sa détention avant procès ou ses conditions de mise en liberté sous caution; la sécurité de sa personne, c’est-à-dire ne pas avoir à subir le stress et le climat de suspicion que suscite une accusation criminelle; et le droit de présenter une défense pleine et entière, dans la mesure où les délais écoulés peuvent compromettre sa capacité de présenter des éléments de preuve, de contre-interroger les témoins ou de se défendre autrement » (*R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3, par. 30; voir également *Morin*, p. 801-803; et *Jordan*, par. 20). À l’échelle de la société, « les procès instruits dans un délai raisonnable permettent aux victimes et aux témoins d’apporter la meilleure contribution possible au procès et minimisent l’“angoiss[e] et [la] frustration [qu’ils ressentent] jusqu’au témoignage lui-même” » et leur permettent de tourner la page (voir *Jordan*, par. 23-24, citant *Askov*, p. 1220). La société a aussi un intérêt à ce que les citoyens accusés de crimes soient traités de façon humaine et équitable (voir *Morin*, p. 786), et les procès instruits rapidement aident à préserver la confiance du public envers l’administration de la justice, qui est « essentielle à la survie du système lui-même » (*Jordan*, par. 25-26). « Bref, les procès instruits en temps utile servent l’administration de la justice » (*ibid.*, par. 28).

[39] The s. 11(b) framework has gone through two iterations over the past three decades: the *Morin* framework and the *Jordan* framework.

(a) *The Morin Framework*

[40] Under the *Morin* framework, courts were required to balance four factors in determining whether delay had become unreasonable: “. . . (1) the length of the delay; (2) defence waiver; (3) the reasons for the delay, including the inherent needs of the case, defence delay, Crown delay, institutional delay, and other reasons for delay; and (4) prejudice to the accused’s interests in liberty, security of the person, and a fair trial” (*Jordan*, at para. 30; see also *Godin*, at para. 18). Fundamentally, this inquiry required “a judicial determination balancing the interests which [s. 11(b)] is designed to protect against factors which either inevitably lead to delay or are otherwise the cause of delay” (*Morin*, at p. 787).

[41] Institutional delay, which ran from when the parties were ready for trial to when the system could accommodate the proceeding (see *Morin*, at pp. 794-95), was assessed against a set of administrative guidelines developed in *Morin*: “. . . eight to ten months in the provincial court, and a further six to eight months after committal for trial in the superior court” (*Jordan*, at para. 30). Institutional delay within or close to the guidelines was generally considered reasonable (see *ibid.*).

[42] Prejudice was an “important if not determinative factor” under the *Morin* framework (*ibid.*, at para. 34). Such prejudice could be either actual or inferred — “even in the absence of specific evidence of prejudice, ‘prejudice may be inferred from the length of the delay. The longer the delay the more likely that such an inference will be drawn’” (*Godin*, at para. 31, citing *Morin*, at p. 801).

[39] Le cadre d’analyse applicable aux demandes fondées sur l’al. 11b) a connu deux versions au cours des trois dernières décennies : celui établi dans l’arrêt *Morin* et celui établi dans l’arrêt *Jordan*.

a) *Le cadre d’analyse établi dans l’arrêt Morin*

[40] Selon le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Morin*, les tribunaux étaient tenus de soupeser quatre facteurs pour décider si un délai était devenu déraisonnable : « . . . (1) la longueur du délai; (2) la renonciation de la défense à invoquer une portion du délai; (3) les motifs du délai, y compris les besoins inhérents au dossier, le délai imputable à la défense, celui attribuable au ministère public, le délai institutionnel et les autres motifs du délai; (4) l’atteinte aux droits de l’inculpé à la liberté, à la sécurité de sa personne et à un procès équitable » (*Jordan*, par. 30; voir également *Godin*, par. 18). Fondamentalement, cet examen requérait « une décision judiciaire qui soupèse les intérêts que l’alinéa [11b)] est destiné à protéger et les facteurs qui, inévitablement, entraînent un délai ou sont autrement la cause du délai » (*Morin*, p. 787).

[41] Le délai institutionnel, qui commence lorsque les parties sont prêtes pour le procès et court jusqu’à ce que le système puisse leur permettre de procéder (voir *Morin*, p. 794-795), était évalué en fonction d’un ensemble de lignes directrices administratives élaborées dans l’arrêt *Morin* : « . . . huit à dix mois devant une cour provinciale et six à huit mois de plus après le renvoi à procès devant une cour supérieure » (*Jordan*, par. 30). Les délais institutionnels qui sont conformes ou presque aux lignes directrices étaient généralement jugés raisonnables (voir *ibid.*).

[42] Le préjudice était un « facteur important, voire déterminant » selon le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Morin* (*ibid.*, par. 34). Il pouvait être soit réel, soit déduit — « même en l’absence de preuve particulière d’un préjudice, “on peut déduire qu’il y a eu préjudice en raison de la longueur du délai. Plus le délai est long, plus il est vraisemblable qu’on pourra faire une telle déduction” » (*Godin*, par. 31, citant *Morin*, p. 801).

(b) *The Jordan Framework*

[43] In *Jordan*, this Court determined that the *Morin* framework suffered from a number of doctrinal shortcomings that made it “too unpredictable, too confusing, and too complex” for courts to apply (see paras. 32-38). Even more troubling, the *Morin* framework failed to address the “culture of complacency towards delay” that had emerged in the criminal justice system due to inefficient practices, inadequate institutional resources, the increased complexity of pre-trial and trial processes since *Morin*, and other factors (see paras. 40-41).

[44] “[T]o focus the s. 11(b) analysis on the issues that matter and encourage all participants in the criminal justice system to cooperate in achieving reasonably prompt justice” (para. 5), *Jordan* introduced a new s. 11(b) framework. At the heart of this new framework are two presumptive ceilings beyond which delay is presumed to be unreasonable: (1) an 18-month ceiling for single-stage provincial court proceedings; and (2) a 30-month ceiling for proceedings conducted in the superior court (para. 49).

[45] In setting these ceilings, this Court took into account a number of factors, including the administrative guidelines for institutional delay set out in *Morin*, the increased complexity of criminal cases since *Morin*, the concept of prejudice, and the need to ensure public confidence in the administration of justice (see paras. 52-55).

[46] By building the concept of prejudice into the presumptive ceilings, *Jordan* eliminated prejudice as “an express analytical factor” to be considered (see paras. 54 and 109-10). Thus, prejudice is now irrebuttably presumed once the ceiling is breached, meaning that “an absence of actual prejudice cannot

b) *Le cadre d’analyse établi dans l’arrêt Jordan*

[43] Dans l’arrêt *Jordan*, la Cour a jugé que le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Morin* souffrait de plusieurs lacunes sur le plan théorique, ce qui le rendait « trop imprévisible, trop difficile à saisir et trop complexe » à appliquer pour les tribunaux (voir par. 32-38). Encore plus troublant, le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Morin* ne permettait pas de s’attaquer à la « culture de complaisance vis-à-vis [d]es délais » qui a fait son apparition au sein du système de justice criminelle en raison de pratiques inefficaces, d’une pénurie de ressources institutionnelles, de la complexité accrue des processus préalables au procès et de ceux suivis durant les procès depuis l’arrêt *Morin*, ainsi que d’autres facteurs (voir par. 40-41).

[44] Dans le but de « faire en sorte que l’analyse d’une demande fondée sur l’al. 11b) se concentre sur les questions qui importent et [d’]inciter tous les participants au système de justice criminelle à collaborer pour que l’administration de la justice soit raisonnablement prompte » (par. 5), l’arrêt *Jordan* a introduit un nouveau cadre d’analyse des demandes fondées sur l’al. 11b). Au cœur de ce cadre d’analyse se trouvent deux plafonds présumés au-delà desquels le délai est présumé déraisonnable : (1) un plafond de 18 mois pour les affaires simples instruites devant une cour provinciale; et (2) un plafond de 30 mois pour celles instruites devant une cour supérieure (par. 49).

[45] Lorsqu’elle a établi ces plafonds, la Cour a tenu compte de nombreux facteurs, y compris des lignes directrices administratives relatives aux délais institutionnels établis dans l’arrêt *Morin*, de la complexité accrue des affaires criminelles depuis cet arrêt, du concept de préjudice et de la nécessité d’assurer la confiance du public envers l’administration de la justice (voir par. 52-55).

[46] En intégrant le concept de préjudice aux plafonds présumés, l’arrêt *Jordan* a éliminé le préjudice en tant que « facteur dans l’analyse » (voir par. 54 et 109-110). Par conséquent, l’existence d’un préjudice est aujourd’hui présumée de manière irréfutable une fois que le plafond est dépassé, ce qui signifie que

convert an unreasonable delay into a reasonable one” (para. 54). Prejudice also has a strong relationship with the concept of defence initiative, as it can be expected that accused persons who experience heightened prejudice as a result of delay will be more proactive in moving the matter along (see para. 109). In sum, “the concept of prejudice underpins the entire framework” (para. 109).

[47] This Court summarized the new s. 11(b) framework as follows:

If the total delay from the charge to the actual or anticipated end of trial (minus defence delay) *exceeds* the ceiling, then the delay is presumptively unreasonable. To rebut this presumption, the Crown must establish the presence of exceptional circumstances. If it cannot, the delay is unreasonable and a stay will follow.

If the total delay from the charge to the actual or anticipated end of trial (minus defence delay or a period of delay attributable to exceptional circumstances) falls *below* the presumptive ceiling, then the onus is on the defence to show that the delay is unreasonable. To do so, the defence must establish that (1) it took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings, *and* (2) the case took markedly longer than it reasonably should have. We expect stays beneath the ceiling to be rare, and limited to clear cases. [Emphasis in original; paras. 47-48.]

[48] But *Jordan* did not explicitly answer the question of whether the 18- and 30-month presumptive ceilings apply to youth justice court proceedings. Before answering that question, it will first be useful to explore the enhanced need for timeliness in youth cases.

(2) The Enhanced Need for Timeliness in Youth Cases

[49] Canada’s youth criminal justice system stands separate from the adult criminal justice system (see

« le fait que l’accusé n’ait pas réellement subi de préjudice ne saurait transformer le délai déraisonnable en délai raisonnable » (par. 54). Le préjudice a également un lien solide avec la notion d’initiative de la défense, car on peut s’attendre à ce que l’accusé subissant un préjudice accru en raison du délai soit plus proactif pour faire avancer son dossier (voir par. 109). En somme, « le concept de préjudice sous-tend l’ensemble du cadre [d’analyse] » (par. 109).

[47] La Cour a résumé le nouveau cadre d’analyse des demandes fondées sur l’al. 11b) de la façon suivante :

Si le délai total entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès (moins les délais imputables à la défense) *dépasse* le plafond, il est présumé déraisonnable. Pour réfuter cette présomption, le ministère public doit établir la présence de circonstances exceptionnelles. S’il ne peut le faire, le délai est déraisonnable et un arrêt des procédures doit suivre.

Si le délai total entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès (moins le délai imputable à la défense et la période découlant de circonstances exceptionnelles) se situe *en deçà* du plafond présumé, il incombe à la défense de démontrer le caractère déraisonnable du délai. Pour ce faire, elle doit prouver (1) qu’elle a pris des mesures utiles qui font la preuve d’un effort soutenu pour accélérer l’instance, *et* (2) que le procès a été nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être. Nous nous attendons à ce que les arrêts de procédures prononcés dans des cas où le délai est inférieur au plafond soient rares, et limités aux cas manifestes. [En italique dans l’original; par. 47-48.]

[48] Par contre, l’arrêt *Jordan* n’a pas explicitement répondu à la question de savoir si les plafonds présumés de 18 et de 30 mois s’appliquent aux instances dont sont saisis les tribunaux pour adolescents. Avant de répondre à cette question, il est utile d’explorer la nécessité accrue de traiter rapidement les affaires mettant en cause des adolescents.

(2) Nécessité accrue de traiter rapidement les affaires mettant en cause des adolescents

[49] Le système de justice pénale pour les adolescents est distinct de celui pour les adultes (voir *R. c.*

R. v. R.C., 2005 SCC 61, [2005] 3 S.C.R. 99, at para. 41; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3, at para. 40; *R. v. S.J.L.*, 2009 SCC 14, [2009] 1 S.C.R. 426, at para. 56; *YCJA*, s. 3(1)(b)). The legislation governing this separate system is the *YCJA*, which covers “young person[s]” as defined under s. 2(1). This definition includes all persons between the ages of 12 and 17, as well as persons charged with having committed an offence while they were a young person. Such persons are tried before a “youth justice court”, which may be either a provincial or a superior court depending on the circumstances (see s. 13).

[50] While every person charged with an offence has the right to be tried within a reasonable time under s. 11(b) of the *Charter*, this right has “special significance” for young persons (N. Bala and S. Anand, *Youth Criminal Justice Law* (3rd ed. 2012), at p. 439). This is so for at least five reasons.

[51] **Reinforcing the connection between actions and consequences.** First, because young persons have “a different perception of time and less well-developed memories than adults” (Bala and Anand, at p. 144), their ability to appreciate the connection between actions and consequences is impaired. Whereas prolonged delays can obscure this connection and “dilut[e] the effectiveness of any disposition”, timely intervention reinforces it (P. Harris et al., “Working ‘In the Trenches’ with the *YCJA*” (2004), 46 *CJCCJ* 367, at p. 369). This better enables the young person to learn from the experience, which in turn promotes his or her rehabilitation and overall social development. Thus, it has been said that “[t]he effectiveness of the juvenile justice process depends at least in part on its timeliness” (J. A. Butts, G. R. Cusick and B. Adams, *Delays in Youth Justice* (2009), at p. 8).

[52] **Reducing psychological impact.** Second, bearing in mind that any time spent awaiting trial occupies a greater proportion of a young person’s life than an adult’s, and that young persons perceive time differently than adults do, delay may have a greater psychological impact on a young person. As this Court stated in *Catholic Children’s Aid*

R.C., 2005 CSC 61, [2005] 3 R.C.S. 99, par. 41; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3, par. 40; *R. c. S.J.L.*, 2009 CSC 14, [2009] 1 R.C.S. 426, par. 56; *LSJPA*, al. 3(1)(b)). La loi qui régit ce système distinct est la *LSJPA*, qui vise les « adolescent[s] » au sens du par. 2(1). La définition énoncée dans cette disposition inclut toute personne âgée entre 12 et 17 ans, ainsi que les personnes accusées d’avoir commis une infraction durant leur adolescence. Toutes ces personnes sont jugées devant un « tribunal pour adolescents », qui peut être soit une cour provinciale, soit une cour supérieure, selon les circonstances (voir art. 13).

[50] Bien que tout inculpé ait le droit d’être jugé dans un délai raisonnable aux termes de l’al. 11b) de la *Charte*, ce droit revêt une [TRADUCTION] « importance particulière » pour les adolescents (N. Bala et S. Anand, *Youth Criminal Justice Law* (3^e éd. 2012), p. 439). Il en est ainsi pour au moins cinq raisons.

[51] **Renforcer le lien entre les actes et leurs conséquences.** Premièrement, comme les adolescents ont [TRADUCTION] « une perception différente du temps et une mémoire moins bien développée que les adultes » (Bala et Anand, p. 144), leur capacité d’évaluer le lien entre les actes et leurs conséquences est amoindrie. Tandis que les délais prolongés peuvent nuire à ce lien et [TRADUCTION] « dilue[r] l’efficacité des mesures prises », une intervention rapide le renforce (P. Harris et autres, « Working “In the Trenches” with the *YCJA* » (2004), 46 *RCCJP* 367, p. 369). Elle permet aux adolescents d’apprendre de leurs expériences, ce qui favorise ensuite leur réadaptation et leur développement social en général. On dit donc que [TRADUCTION] « [l]’efficacité du processus de justice pour adolescents dépend, au moins en partie, de sa rapidité » (J. A. Butts, G. R. Cusick et B. Adams, *Delays in Youth Justice* (2009), p. 8).

[52] **Réduire l’incidence psychologique.** Deuxièmement, en gardant à l’esprit que le temps passé à attendre le procès représente une plus grande proportion de la vie d’un adolescent que de celle d’un adulte et que les adolescents perçoivent le temps différemment, un délai peut avoir une plus grande incidence psychologique sur eux. Comme la Cour

Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.), [1994] 2 S.C.R. 165, “[a] few months in the life of a child, as compared to that of adults, may acquire great significance” (p. 206). Thus, the same period of delay may weigh more heavily on a young person than on an adult, which may in turn increase the overall feelings of stress, anxiety, and (where applicable) loss of liberty associated with that delay. To minimize this impact, youth matters should, as a general rule, proceed expeditiously.

[53] **Preserving the right to make full answer and defence.** Third, memories tend to fade faster for young persons than for adults (see N. Bala, “Youth as Victims and Offenders in the Criminal Justice System: A Charter Analysis — Recognizing Vulnerability” (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 595, at p. 616, citing C. J. Brainerd, “Children’s Forgetting with Implication for Memory Suggestibility”, in N. L. Stein et al., eds., *Memory for Everyday and Emotional Events*, (1997), at pp. 213-17). The increased rapidity with which a young person’s memory fades may make it more difficult for him or her to recall past events, which may in turn impair his or her ability to make full answer and defence, a right which is protected by s. 7 of the *Charter* (see *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, at p. 1514; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at para. 47; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651, at para. 20). Furthermore, it has been suggested that because “[a]dolescents have less ability to take long-term consequences into consideration and a greater propensity for shortsighted decision-making”, they may be less able to assist in their defence as delay accumulates, as “[t]heir primary motivation may be for court proceedings to end, regardless of outcome” (Butts, Cusick and Adams, at p. 10). Therefore, to preserve the right to make full answer and defence as fully as possible, it is essential that young persons be tried in a timely manner.

[54] **Avoiding potential unfairness.** Fourth, adolescence is a time of rapid brain, cognitive, and psychosocial development (see L. Steinberg, “Adolescent Development and Juvenile Justice” (2009),

l’a déclaré dans l’arrêt *Catholic Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165, « [q]uelques mois dans la vie d’un enfant, contrairement à celle d’un adulte, peuvent avoir une grande importance » (p. 206). Le même délai peut ainsi peser plus lourdement sur un adolescent que sur un adulte, ce qui peut ensuite accroître le stress, l’anxiété et (le cas échéant) la perte de liberté associée à ce délai. Afin de réduire au minimum cette incidence, les affaires mettant en cause des adolescents devraient, en général, être traitées rapidement.

[53] **Préserver le droit de présenter une défense pleine et entière.** Troisièmement, les souvenirs ont tendance à s’estomper plus rapidement chez les adolescents que chez les adultes (voir N. Bala, « Youth as Victims and Offenders in the Criminal Justice System : A Charter Analysis — Recognizing Vulnerability » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 595, p. 616, citant C. J. Brainerd, « Children’s Forgetting with Implication for Memory Suggestibility », dans N. L. Stein et autres, dir., *Memory for Everyday and Emotional Events* (1997), p. 213-217). La rapidité accrue avec laquelle les souvenirs des adolescents s’estompent peut faire en sorte qu’il soit plus difficile pour eux de se souvenir de situations passées, ce qui peut ensuite nuire à leur capacité de présenter une défense pleine et entière, un droit qui est protégé par l’art. 7 de la *Charte* (voir *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, p. 1514; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 47; *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651, par. 20). En outre, il a été avancé que parce que [TRADUCTION] « [I]es adolescents ont une capacité moindre à tenir compte des conséquences à long terme et sont plus enclins à prendre des décisions à court terme », ils peuvent avoir plus de difficulté à participer à leur défense au fur et à mesure que le délai se prolonge, car « il se peut que leur but premier soit que le procès se termine, peu importe son issue » (Butts, Cusick et Adams, p. 10). En conséquence, afin de préserver leur droit de présenter une défense pleine et entière, il est essentiel de juger les adolescents rapidement.

[54] **Éviter une éventuelle iniquité.** Quatrièmement, l’adolescence est une période de développement cérébral, cognitif et psychologique rapide (voir L. Steinberg, « Adolescent Development and

5 *Annu. Rev. Clin. Psychol.* 459, at pp. 465-71; T. Grisso, “Adolescents’ Decision Making: A Developmental Perspective on Constitutional Provisions in Delinquency Cases” (2006), 32 *New Eng. J. Crim. & Civ. Confinement* 3, at pp. 7-9; M. Levick et al., “The Eighth Amendment Evolves: Defining Cruel and Unusual Punishment Through the Lens of Childhood and Adolescence” (2012), 15 *U. Pa. J.L. & Soc. Change* 285, at pp. 293-99). Where a prolonged delay separates the offending conduct from the corresponding punishment, the young person may experience a sense of unfairness, as his or her thoughts and behaviours may well have changed considerably since the offending conduct took place. Therefore, to avoid punishing young persons for “who they used to be”, delay should be minimized.

[55] **Advancing societal interests.** Fifth, trying young persons in a timely manner advances societal interests. Society has an interest in seeing young persons rehabilitated and reintegrated into society as swiftly as possible. When that happens, we all benefit, as our society becomes richer. Moreover, some studies suggest that prompt intervention in youth matters may reduce the likelihood of recidivism, which advances society’s interest in the prevention of crime (see Butts, Cusick and Adams, at p. 9). And given that youth have been described as “the most vulnerable members of our community” (*R. v. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173, at para. 36, citing G. J. Fitch, Q.C., “Child Luring”, in *Substantive Criminal Law, Advocacy and the Administration of Justice*, vol. 1, presented to the National Criminal Law Program (2007)), it seems axiomatic that society has a particularly strong interest in ensuring young persons do not suffer prolonged delays.

[56] The enhanced need for timeliness in youth cases is reflected in the jurisprudence. In *M. (G.C.)*, Osborne J.A. stressed that there is a “particular need to conclude youth court proceedings without unreasonable delay” (p. 230). He added that although young persons do not enjoy a “special constitutional guarantee to [be tried] within a reasonable time” that “differs in substance from that available to adults”, they

Juvenile Justice » (2009), 5 *Annu. Rev. Clin. Psychol.* 459, p. 465-471; T. Grisso, « Adolescents’ Decision Making : A Developmental Perspective on Constitutional Provisions in Delinquency Cases » (2006), 32 *New Eng. J. Crim. & Civ. Confinement* 3, p. 7-9; M. Levick et autres, « The Eighth Amendment Evolves : Defining Cruel and Unusual Punishment Through the Lens of Childhood and Adolescence » (2012), 15 *U. Pa. J.L. & Soc. Change* 285, p. 293-299). Lorsqu’un long délai sépare la commission de l’infraction de la peine correspondante, l’adolescent peut avoir un sentiment d’injustice, car, entre-temps, sa vision des choses et ses comportements peuvent avoir considérablement changé. Afin d’éviter de punir des adolescents pour « ce qu’ils étaient dans le passé », les délais devraient donc être minimisés.

[55] **Promouvoir les intérêts de la société.** Cinquièmement, le traitement rapide des dossiers mettant en cause des adolescents favorise l’intérêt de la société. En effet, celle-ci a un intérêt à voir les adolescents réadaptés et réinsérés dans la société le plus rapidement possible. C’est ainsi qu’elle s’enrichit, et nous en profitons tous. De plus, certaines études avancent qu’une intervention diligente dans les affaires mettant en cause des adolescents peut réduire la probabilité de récidive, ce qui favorise l’intérêt de la société à l’égard de la prévention de la criminalité (voir Butts, Cusick et Adams, p. 9). Par ailleurs, puisque les adolescents ont été décrits comme [TRADUCTION] « les membres les plus vulnérables de notre communauté » (*R. c. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 95 O.R. (3d) 173, par. 36, citant G. J. Fitch, c.r., « Child Luring », dans *Substantive Criminal Law, Advocacy and the Administration of Justice*, vol. 1, article présenté au National Criminal Law Program (2007)), il semble évident que la société a un intérêt particulièrement fort à veiller à ce qu’ils ne subissent pas de délais prolongés.

[56] La nécessité accrue de traiter rapidement les affaires mettant en cause des adolescents est reflétée dans la jurisprudence. Dans l’arrêt *M. (G.C.)*, le juge Osborne a précisé qu’il était [TRADUCTION] « particulièrement nécessaire de conclure les instances devant les tribunaux pour adolescents dans des délais raisonnables » (p. 230). Il a ajouté que même si les adolescents ne jouissent pas « d’une

nonetheless should be tried more quickly than adults “as a general proposition” (*ibid.*). Thus, “[d]elay, which may be reasonable in the adult criminal justice system, may not be reasonable in the youth court” (*ibid.*). These sentiments have been reiterated by other Canadian appellate courts (see, e.g., *R. v. H.R.*, 2006 BCCA 211, 225 B.C.A.C. 127, at para. 21; *R. v. R.R.*, 2011 NSCA 86, 307 N.S.R. (2d) 319, at para. 8; *R. v. P.R.*, 2018 SKCA 27, 365 C.C.C. (3d) 120, at para. 85). Justice Osborne also proposed some “general guidelines” for delay in youth cases: youth matters should generally “be brought to trial within five to six months, after the neutral period required to retain and instruct counsel, obtain disclosure”, and so on (p. 236; see also *R. v. R. (T.)* (2005), 75 O.R. (3d) 645 (C.A.), at para. 40).

[57] Shortly after *M. (G.C.)*, this Court affirmed in *R. v. D. (S.)*, [1992] 2 S.C.R. 161, that while the societal interest recognized in *Askov* and affirmed in *Morin* “requires that account be taken of the fact that charges against young offenders be proceeded with promptly, it is merely one of the factors to be balanced with others” (p. 162). In doing so, the Court stopped short of creating separate guidelines or constitutional thresholds for delay in youth matters. In particular, it made no comment one way or the other on the five- to six-month administrative guideline for youth matters proposed in *M. (G.C.)*.

[58] More recently, the Ontario Court of Appeal reiterated that “youth court matters are expected to proceed with greater dispatch than adult criminal proceedings” (*R. v. L.B.*, 2014 ONCA 748, 325 O.A.C. 371, at para. 14, citing *M. (G.C.)*, at p. 230).

[59] The enhanced need for timeliness in youth cases also finds expression in statute. Section 3(1)

garantie constitutionnelle spéciale [d’être jugés] dans un délai raisonnable substantiellement différente de celle dont jouissent les adultes », ils devraient néanmoins, « de façon générale » (*ibid.*), être jugés plus rapidement que ceux-ci. Par conséquent, « un délai qui est raisonnable dans le système de justice pénale pour les adultes peut ne pas l’être devant les tribunaux pour adolescents » (*ibid.*). Ces opinions ont été exprimées par d’autres cours d’appel canadiennes (voir, p. ex., *R. c. H.R.*, 2006 BCCA 211, 225 B.C.A.C. 127, par. 21; *R. c. R.R.*, 2011 NSCA 86, 307 N.S.R. (2d) 319, par. 8; *R. c. P.R.*, 2018 SKCA 27, 365 C.C.C. (3d) 120, par. 85). Le juge Osborne a également proposé quelques « lignes directrices générales » concernant les délais dans les affaires mettant en cause des adolescents : ces affaires devraient généralement « être menées à procès dans les cinq à six mois suivant la période neutre requise pour retenir les services d’un avocat, obtenir la communication de la preuve », et ainsi de suite (p. 236; voir également *R. c. R. (T.)* (2005), 75 O.R. (3d) 645 (C.A.), par. 40).

[57] Peu après l’arrêt *M. (G.C.)*, la Cour a confirmé, dans l’arrêt *R. c. D. (S.)*, [1992] 2 R.C.S. 161, que même si l’intérêt de la société, reconnu dans l’arrêt *Askov* et confirmé dans l’arrêt *Morin*, « exige que l’on prenne en considération le fait que les accusations portées contre des jeunes contrevenants doivent être instruites promptement, ce n’est là qu’un seul des facteurs qu’il faut soupeser avec d’autres » (p. 162). Ce faisant, la Cour s’est gardée de créer des lignes directrices ou des seuils constitutionnels distincts pour les délais dans les affaires mettant en cause des adolescents. Plus particulièrement, elle n’a formulé aucun commentaire sur les lignes directrices administratives de cinq à six mois proposées dans l’arrêt *M. (G.C.)*.

[58] Plus récemment, la Cour d’appel de l’Ontario a répété qu’il [TRADUCTION] « est attendu que les procès devant les tribunaux pour adolescents progressent plus rapidement que les procès criminels mettant en cause des adultes » (*R. c. L.B.*, 2014 ONCA 748, 325 O.A.C. 371, par. 14, citant *M. (G.C.)*, p. 230).

[59] La nécessité accrue de traiter rapidement les affaires mettant en cause des adolescents est aussi

of the *YCJA* contains a declaration of principles underlying Canada's youth criminal justice system. Of particular relevance is s. 3(1)(b), which provides:

(b) the criminal justice system for young persons must be separate from that of adults, must be based on the principle of diminished moral blameworthiness or culpability and must emphasize the following:

(i) rehabilitation and reintegration,

(ii) fair and proportionate accountability that is consistent with the greater dependency of young persons and their reduced level of maturity,

(iii) enhanced procedural protection to ensure that young persons are treated fairly and that their rights, including their right to privacy, are protected,

(iv) timely intervention that reinforces the link between the offending behaviour and its consequences, and

(v) the promptness and speed with which persons responsible for enforcing this Act must act, given young persons' perception of time;

[60] These principles are largely a codification of the jurisprudence under the former *Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1 (see *R. (T.)*, at paras. 29 and 34; *H.R.*, at paras. 31-32; *R.R.*, at para. 14; *R. v. M. (K.)*, 2017 ONCJ 8, 373 C.R.R. (2d) 234, at para. 38). Section 3(1)(b)(iv) and (v) in particular “are intended to remind court administrators, judges, lawyers, and others of the need to give priority to the expeditious resolution of youth court cases” (Bala and Anand, at p. 145).

[61] Against this backdrop, I turn to the main issue on appeal: whether the *Jordan* ceilings apply to youth justice court proceedings.

énoncée dans la loi. En effet, le par. 3(1) de la *LSJPA* contient une déclaration de principes qui sous-tend le système de justice pénale pour adolescents du Canada. L'alinéa 3(1)b) est particulièrement pertinent et prévoit ce qui suit :

b) le système de justice pénale pour les adolescents doit être distinct de celui pour les adultes, être fondé sur le principe de culpabilité morale moins élevée et mettre l'accent sur :

(i) leur réadaptation et leur réinsertion sociale,

(ii) une responsabilité juste et proportionnelle, compatible avec leur état de dépendance et leur degré de maturité,

(iii) la prise de mesures procédurales supplémentaires pour leur assurer un traitement équitable et la protection de leurs droits, notamment en ce qui touche leur vie privée,

(iv) la prise de mesures opportunes qui établissent clairement le lien entre le comportement délictueux et ses conséquences,

(v) la diligence et la célérité avec lesquelles doivent intervenir les personnes chargées de l'application de la présente loi, compte tenu du sens qu'a le temps dans la vie des adolescents;

[60] Ces principes sont en grande partie une codification de la jurisprudence relative à l'ancienne *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, c. Y-1 (voir *R. (T.)*, par. 29 et 34; *H.R.*, par. 31-32; *R.R.*, par. 14; *R. c. M. (K.)*, 2017 ONCJ 8, 373 C.R.R. (2d) 234, par. 38). Les sous-alinéas 3(1)b)(iv) et (v), en particulier, [TRADUCTION] « visent à rappeler aux administrateurs judiciaires, aux juges, aux avocats et aux autres intervenants la nécessité d'accorder la priorité au règlement rapide des affaires mettant en cause des adolescents » (Bala et Anand, p. 145).

[61] Dans ce contexte, je me tourne maintenant vers la question principale du présent pourvoi, soit celle de savoir si les plafonds établis dans l'arrêt *Jordan* s'appliquent aux procès instruits devant les tribunaux pour adolescents.

(3) The *Jordan* Ceilings Apply to Youth Justice Court Proceedings

[62] The appellant maintains that the *Jordan* ceilings do not apply to youth justice court proceedings. He urges this Court to adopt a 12-month presumptive ceiling for young persons facing single-stage proceedings in provincial court (sitting as a youth justice court). My colleagues Abella and Brown JJ. accept the appellant's argument that a lower ceiling should be applied in youth cases, but they would set the ceiling at 15 months. Respectfully, for reasons that follow, I would not introduce a lower ceiling for youth matters.

[63] First and foremost, it has not been shown that there is a problem regarding delay in the youth criminal justice system, let alone one that warrants the imposition of a new constitutional standard. It bears emphasis that constitutionalizing a lower presumptive ceiling would be no small step. While ordinary statutory requirements come and go, constitutional requirements are meant to be more lasting. At this time, and on the record before us, it has not been demonstrated that the *Jordan* framework needs to be revisited in its application to youth cases. We have no evidence that young persons who proactively request an expedited trial are not being accommodated in the post-*Jordan* world, nor that actors within the youth criminal justice system are not taking *Jordan* to heart. Nor, despite Abella and Brown JJ.'s insistence, is there any evidence that young persons are worse off under *Jordan* than they were pre-*Jordan*. In fact, as I will develop later in these reasons, the reality is the opposite.

[64] Put simply, in my respectful view, Abella and Brown JJ. are responding to a supposed problem

(3) Les plafonds établis dans l'arrêt *Jordan* s'appliquent aux procès instruits devant les tribunaux pour adolescents

[62] L'appelant soutient que les plafonds établis dans l'arrêt *Jordan* ne s'appliquent pas aux procès instruits devant les tribunaux pour adolescents. Il invite la Cour à adopter un plafond présumé de 12 mois pour les adolescents qui font l'objet de poursuites simples devant une cour provinciale (siégeant comme un tribunal pour adolescents). Mes collègues les juges Abella et Brown retiennent l'argument de l'appelant suivant lequel il y a lieu d'appliquer un plafond plus bas dans les dossiers mettant en cause des adolescents, mais ils fixeraient ce plafond à 15 mois. Soit dit en tout respect, pour les motifs qui suivent, je ne fixerais pas un plafond plus bas pour les dossiers mettant en cause des adolescents.

[63] D'abord et avant tout, il n'a pas été démontré qu'il y a un problème concernant les délais dans le système de justice pénale pour les adolescents, et encore moins un problème qui justifie l'imposition d'une nouvelle norme constitutionnelle. Il est important de préciser que la constitutionnalisation d'un plafond présumé moins élevé serait loin d'être sans conséquence. Alors que les exigences ordinaires prévues par les lois vont et viennent, les exigences constitutionnelles se veulent plus durables. Pour l'instant, et d'après le dossier dont nous disposons, il n'a pas été démontré que le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Jordan* doit être revu pour son application aux affaires mettant en cause des adolescents. Nous ne disposons d'aucune preuve démontrant que ceux parmi ces derniers qui demandent de façon proactive un procès accéléré se voient refuser une telle demande dans la foulée de l'arrêt *Jordan*, ni que les acteurs du système de justice pénale pour les adolescents ne prennent pas cet arrêt à cœur. Rien ne prouve non plus, en dépit de l'insistance des juges Abella et Brown, que les adolescents se retrouvent en plus mauvaise posture sous le régime de l'arrêt *Jordan* qu'auparavant. En fait, comme je l'expliquerai en détail plus loin dans les présents motifs, c'est le contraire qui se produit.

[64] Bref, à mon humble avis, les juges Abella et Brown réagissent à un supposé problème concernant

in the youth criminal justice system that has not been shown to exist; nor is it likely to arise, because as I will explain, the existing *Jordan* framework is capable of accommodating the enhanced need for timeliness in youth cases. It follows, in my view, that unless and until it can be shown that *Jordan* is failing to adequately serve Canada's youth and society's broader interest in seeing youth matters tried expeditiously, there is no need to consider, much less implement, a lower constitutional ceiling for youth matters.

[65] Second, *Jordan* established a uniform set of ceilings that apply irrespective of the varying degrees of prejudice experienced by different groups and individuals. Setting new ceilings based on the notion that certain groups — such as young persons — experience heightened prejudice as a result of delay would undermine this uniformity and lead to a multiplicity of ceilings, each varying with the unique level of prejudice experienced by the particular category or subcategory of persons in question. Young persons in custody, young persons out of custody, adults in custody, adults out of custody, persons whose custody status changes, persons with strict bail conditions, persons with minimal bail conditions, persons who experience heightened memory loss, and others could all lay claim to their own distinct ceiling. Even within the category of young persons, this could lead to separate ceilings being established for different age groups: one for 17-year-olds, one for 14-year-olds, and so on. This would quickly become impracticable. Moreover, the result would be incompatible with the uniform-ceiling approach adopted in *Jordan* and would undermine its objective of simplifying and streamlining the s. 11(b) framework.

[66] Nor, in my view, can a separate ceiling for youth matters be justified on the basis that Parliament

le système de justice pénale pour les adolescents dont on n'a pas démontré l'existence, et dont la survenance est peu probable, puisque, comme je l'expliquerai, le cadre d'analyse existant établi dans l'arrêt *Jordan* permet de répondre à la nécessité accrue d'agir rapidement dans les affaires mettant en cause des adolescents. Selon moi, il s'ensuit que tant qu'il n'aura pas été démontré que l'arrêt *Jordan* ne sert pas adéquatement les intérêts généraux des adolescents du Canada et de sa société à l'égard du traitement rapide des affaires mettant en cause des adolescents, il n'est pas nécessaire d'envisager, et encore moins de mettre en place, un plafond constitutionnel moins élevé pour ce type d'affaires.

[65] Ensuite, l'arrêt *Jordan* a établi un ensemble uniforme de plafonds qui s'appliquent, peu importe les divers degrés de préjudice subi par différents groupes et individus. Fixer de nouveaux plafonds en s'appuyant sur l'idée que certains groupes — comme les adolescents — subissent un préjudice accru en raison des délais saperait cette uniformité et pourrait entraîner une multiplication des plafonds, chacun variant selon le degré unique de préjudice subi par une catégorie ou sous-catégorie particulière de personnes. Les adolescents en détention, les adolescents en liberté, les adultes en détention, les adultes en liberté, les personnes dont le statut de détention change, les personnes à qui l'on a imposé des conditions strictes de mise en liberté sous caution, les personnes à qui l'ont a imposé des conditions minimales de mise en liberté sous caution, les personnes sujettes à des pertes de mémoire plus prononcées, et d'autres personnes, pourraient toutes revendiquer leur propre plafond distinct. Même à l'intérieur de la catégorie des adolescents, cela pourrait se traduire par l'établissement de plafonds distincts pour différents groupes d'âge : un pour les personnes âgées de 17 ans, un pour celles âgées de 14 ans et ainsi de suite. Cela deviendrait rapidement impraticable. Qui plus est, le résultat serait incompatible avec l'approche du plafond uniforme adopté dans l'arrêt *Jordan* et entraverait la réalisation de l'objectif de cet arrêt, soit simplifier et rationaliser le cadre d'analyse des demandes fondées sur l'al. 11b).

[66] Il me semble également impossible de justifier l'existence d'un plafond distinct pour les affaires

has established a separate youth criminal justice system under the *YCJA*. Constitutional standards exist independent of Parliament's statutory design. Therefore, the mere fact that Parliament decided to create and maintain a separate youth criminal justice system does not by itself provide a sound rationale for establishing a separate ceiling for youth matters. Otherwise, Parliament would have the ability to alter constitutional standards through ordinary statutory amendment, such as by merging the adult and youth justice systems. Such a result would be incompatible with the concept of a constitutional standard.

[67] Reinforcing these points is a practical difficulty that would accompany the introduction of a lower presumptive ceiling for youth matters: the need to fashion a transitional scheme capable of fairly discerning which cases falling above the new ceiling, but below the *Jordan* ceiling, should be stayed. While this practical concern obviously does not preclude the introduction of a lower ceiling, it is yet another reason to question the advisability of doing so.

[68] For these reasons, I would not alter the *Jordan* ceilings to apply differently to youth justice court proceedings. But that does not mean an accused's youthfulness has no role to play under the *Jordan* framework. In particular, as I will develop, the enhanced need for timeliness in youth matters can and should be taken into account when determining whether delay falling *below* the presumptive ceiling is unreasonable. In this way, the existing *Jordan* framework is capable of accommodating the enhanced need for timeliness in youth cases.

mettant en cause des adolescents au motif que le législateur a instauré un système distinct de justice pénale pour eux régi par la *LSJPA*. Les normes constitutionnelles existent indépendamment du cadre légal mis en place par le législateur. Le simple fait que ce dernier ait décidé de créer et de maintenir un système distinct de justice pénale pour les adolescents n'est pas en soi une raison valable d'établir un plafond distinct pour les affaires les mettant en cause. S'il en était autrement, le législateur aurait la faculté de transformer les normes constitutionnelles au moyen de modifications législatives ordinaires, par exemple en fusionnant les systèmes de justice pour les adultes et pour les adolescents. Pareil résultat serait incompatible avec le concept de norme constitutionnelle.

[67] Ces points sont étayés par une difficulté pratique qui accompagnerait l'introduction d'un plafond présumé moins élevé pour les affaires mettant en cause des adolescents : il faudrait créer un régime transitoire permettant de discerner équitablement quels dossiers dont le délai est au-delà du nouveau plafond, mais en deçà du plafond établi dans l'arrêt *Jordan*, devraient faire l'objet d'un arrêt des procédures. Bien que cette préoccupation d'ordre pratique n'empêche évidemment pas l'introduction d'un plafond moins élevé, il s'agit d'une autre raison de mettre en doute l'opportunité d'une telle mesure.

[68] Pour ces motifs, je ne modifierais pas les plafonds établis dans l'arrêt *Jordan* pour qu'ils s'appliquent différemment aux procès instruits devant les tribunaux pour adolescents. Cela ne veut toutefois pas dire que l'âge de l'accusé ne joue aucun rôle dans le cadre d'analyse établi par l'arrêt *Jordan*. Plus particulièrement, comme je l'expliquerai, la nécessité accrue d'agir rapidement dans les affaires mettant en cause des adolescents peut et devrait être prise en considération au moment de déterminer si un délai *inférieur* au plafond présumé est déraisonnable. Le cadre d'analyse actuel énoncé dans l'arrêt *Jordan* est ainsi en mesure de répondre à la nécessité accrue d'agir rapidement dans les dossiers mettant en cause des adolescents.

(4) Considering the Enhanced Need for Timeliness in Youth Matters in the Test for a Stay Below the Ceiling

[69] While the presumptive ceilings are a significant chapter in *Jordan*, they are not the full story. *Jordan* established *ceilings*, not *floors*. While the ceilings offer a bright-line approach, they are supplemented by a more flexible, case-specific approach to delay *below* the ceiling. In this way, *Jordan* marries uniformity with flexibility.

[70] The *Jordan* framework recognizes that delay falling below the presumptive ceiling will be unreasonable where the defence establishes that “(1) it took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings, and (2) the case took markedly longer than it reasonably should have” (para. 48).

[71] Focusing on the second requirement, this Court stated in *Jordan* that “[t]he reasonable time requirements of a case derive from a variety of factors, including the complexity of the case, local considerations, and whether the Crown took reasonable steps to expedite the proceedings” (para. 87 (emphasis added)). The use of the word “including” indicates that the list of factors is not closed. In youth cases, the enhanced need for timeliness should be included as another factor to be considered in determining the reasonable time requirements of a particular case. This factor should be considered not merely because the legislature has codified it under s. 3(1)(b)(iv) and (v) of the *YCJA*, but because of the rationales identified at paras. 51-55 of these reasons, which would remain valid even if Parliament were to eliminate s. 3(1)(b)(iv) and (v) of the *YCJA*.

[72] The enhanced need for timeliness in youth cases cannot, in my view, be reduced to a set “youth

(4) Examen de la nécessité accrue d’agir rapidement dans les affaires mettant en cause des adolescents dans l’application du test pour déterminer s’il y a lieu de prononcer un arrêt des procédures lorsque le délai est inférieur au plafond

[69] Bien que les plafonds présumés soient un élément important de l’arrêt *Jordan*, ils ne disent pas tout. En effet, cet arrêt a établi des *plafonds* et non des *seuils*. Même si ces plafonds offrent une approche claire, ils sont complétés par une approche plus souple et au cas par cas pour les délais *inférieurs* au plafond. Ainsi, l’arrêt *Jordan* combine l’uniformité et la souplesse.

[70] Le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Jordan* reconnaît que le délai inférieur au plafond présumé est déraisonnable si la défense réussit à prouver « (1) qu’elle a pris des mesures utiles qui font la preuve d’un effort soutenu pour accélérer l’instance, et (2) que le procès a été nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être » (par. 48).

[71] Mettant l’accent sur la deuxième exigence, la Cour a déclaré dans l’arrêt *Jordan* que « [l]e délai raisonnable nécessaire pour instruire une cause dépend d’une panoplie de facteurs, y compris la complexité du dossier, des considérations de nature locale, et la question de savoir si le ministère public a pris des mesures raisonnables pour accélérer l’instance » (par. 87 (je souligne)). L’utilisation de l’expression « y compris » indique que la liste de facteurs n’est pas exhaustive. Dans les affaires mettant en cause des adolescents, la nécessité accrue d’agir rapidement devrait être ajoutée en tant que facteur supplémentaire à prendre en considération pour juger du délai raisonnable nécessaire dans un cas en particulier. Ce facteur devrait être pris en considération non seulement parce qu’il est codifié aux sous-al. 3(1)(b)(iv) et (v) de la *LSJPA*, mais aussi en raison des motifs énoncés aux par. 51-55 des présents motifs, lesquels demeureraient valides même si le législateur abrogeait les sous-al. 3(1)(b)(iv) et (v) de la *LSJPA*.

[72] À mon avis, la nécessité accrue d’agir rapidement dans les dossiers mettant en cause des

discount”, and its weight will vary depending on the circumstances. Nonetheless, it requires as a general rule that youth matters should proceed in a timely manner, and the Crown and the justice system must do their part to ensure this objective is met. This general rule, and the corresponding obligation on the Crown and the justice system to do their part, is already reflected in practice, as youth cases are typically given priority and completed more quickly than adult cases. Thus, recognizing the enhanced need for timeliness in youth matters as a factor to be considered in determining the reasonable time requirements of a case simply gives effect to what is already happening on the ground.

[73] In line with this case-specific approach, where a young person, in taking meaningful and sustained steps to expedite the proceedings, brings special concerns about delay to the attention of the Crown and the court, those concerns, and the extent to which the Crown and the justice system respond to them, should also be considered. For example, if an accused can show that he or she is struggling in school due to anxiety over the outstanding charges, and the Crown and the justice system fail to take reasonable steps to expedite the matter to respond to this concern, that may be a significant factor in determining whether the case took markedly longer than it reasonably should have. Conversely, if the Crown and the justice system take reasonable steps to respond to this concern and do their part to ensure that the matter proceeds expeditiously, then “it is unlikely that the reasonable time requirements of the case will have been markedly exceeded” (*Jordan*, at para. 90).

[74] Ultimately, like the other factors identified in *Jordan*, the enhanced need for timeliness in youth matters is simply one “case-specific factor” to consider when determining whether a case took (or is

adolescents ne peut être réduite à un « rabais fixe pour adolescents », et son poids dépend des circonstances. Elle requiert néanmoins, en règle générale, que les dossiers mettant en cause des adolescents procèdent rapidement, et le ministère public ainsi que le système de justice doivent faire leur part pour assurer la réalisation de cet objectif. Cette règle générale, de même que l’obligation correspondante du ministère public et du système de justice de faire leur part, se traduit déjà dans la pratique, car les dossiers mettant en cause des adolescents reçoivent habituellement un traitement prioritaire et sont menés à bien plus rondement que les dossiers d’adultes. Reconnaître la nécessité accrue d’agir rapidement dans les dossiers mettant en cause des adolescents en tant que facteur à prendre en considération pour juger des délais raisonnables dans un cas en particulier donne donc simplement effet à ce qui se passe déjà sur le terrain.

[73] Conformément à cette approche au cas par cas, lorsqu’un adolescent, en prenant des mesures significatives et soutenues pour accélérer le procès, porte des préoccupations particulières eu égard au délai à l’attention du ministère public et du tribunal, il y a lieu de tenir compte, en outre, de ces préoccupations et de la mesure dans laquelle le ministère public et le système de justice y répondent. Par exemple, si l’accusé parvient à démontrer qu’il éprouve des difficultés dans ses études en raison de l’anxiété que lui causent les accusations qui pèsent contre lui, et que le ministère public et le système de justice ne prennent pas de mesures raisonnables pour accélérer le processus afin de répondre à cette préoccupation, cela peut être un facteur important lorsqu’il s’agit de décider si le procès a été nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être. Inversement, si le ministère public et le système de justice prennent des mesures raisonnables pour répondre à cette préoccupation et font leur part pour que le dossier procède rapidement, « il est improbable que le délai raisonnable nécessaire de l’instance ait été dépassé de manière manifeste » (*Jordan*, par. 90).

[74] En fin de compte, à l’instar des autres facteurs énoncés dans *Jordan*, la nécessité accrue d’agir rapidement dans les dossiers mettant en cause des adolescents est tout simplement un « facteur propre

expected to take) markedly longer than it reasonably should have.

[75] This approach recognizes that while the presumptive ceiling remains the same whether the accused is a youth or an adult, the tolerance for delay differs. What may be reasonable in the case of a 45-year-old may not be reasonable in the case of a 17-year-old — and for that matter, what may be reasonable in the case of a 17-year-old may not be reasonable in the case of a 12-year-old. By permitting a flexible, case-specific inquiry for cases falling below the ceiling, the *Jordan* framework recognizes that simply treating everyone alike is no solution. Context matters. While the presumptive ceiling provides a hard backstop that offers certainty, predictability, and simplicity, the test for a stay below the ceiling affords the necessary flexibility to ensure case-specific features — such as the age of the accused — are not lost in the analysis. Indeed, *Jordan* was not insensitive to the need for context-sensitivity. This Court emphasized that “‘the judge must look at the circumstances of the particular case at hand’ in assessing the reasonableness of a delay” (para. 58, citing *Jordan*, at para. 301, per Cromwell J. (concurring in the result)). It also stated the following:

While the presumptive ceiling will enhance analytical simplicity and foster constructive incentives, it is not the end of the exercise: . . . compelling case-specific factors remain relevant to assessing the reasonableness of a period of delay both above and below the ceiling. Obviously, reasonableness cannot be captured by a number alone, which is why the new framework is not solely a function of time. [para. 51]

[76] Despite *Abella* and *Brown JJ.*'s suggestion to the contrary, the *Jordan* framework, when properly applied, provides no less protection to young persons than its predecessor, which proved to be

à l'espèce » dont il faut tenir compte au moment de décider si un procès a été nettement plus long qu'il aurait dû raisonnablement l'être (ou qu'il est prévu qu'il le soit).

[75] Cette approche reconnaît que même si le plafond présumé demeure le même que l'accusé soit un adolescent ou un adulte, la tolérance envers les délais diffère. Ce qui est raisonnable dans le dossier d'une personne de 45 ans peut ne pas l'être dans le dossier d'un adolescent de 17 ans — de même, ce qui est raisonnable dans le dossier d'un adolescent de 17 ans peut ne pas l'être dans celui d'un autre de 12 ans. En permettant un examen souple et au cas par cas des dossiers dont le délai est inférieur au plafond, le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Jordan* reconnaît que le fait de traiter simplement tout le monde de la même façon n'est pas la solution. Le contexte importe. Tandis que le plafond présumé fournit un filet de sécurité solide qui offre certitude, prévisibilité et simplicité, le test pour déterminer s'il y a lieu de prononcer un arrêt des procédures lorsque le délai est inférieur au plafond offre la souplesse nécessaire pour veiller à ce que les caractéristiques propres au cas en cause — comme l'âge de l'accusé — soient prises en compte dans l'analyse. En effet, l'arrêt *Jordan* n'a pas ignoré la nécessité de tenir compte du contexte. La Cour a souligné que « “le juge devra [. . .] examiner les circonstances du cas qui lui est soumis” pour juger du caractère raisonnable d'un délai » (par. 58, citant *Jordan*, par. 301, le juge Cromwell (souscrivant au résultat)). Elle a également déclaré ce qui suit :

Bien que le plafond présumé accroisse la simplicité de l'analyse et favorise les mesures incitatives constructives, il ne marque pas la fin de l'exercice : [. . .] les facteurs déterminants et propres à l'affaire demeurent pertinents pour apprécier le caractère raisonnable tant du délai supérieur au plafond que de celui inférieur à ce dernier. Évidemment, un nombre à lui seul ne peut définir le caractère raisonnable d'un délai. C'est pourquoi le nouveau cadre d'analyse n'est pas fondé strictement sur une question de temps. [par. 51]

[76] Même si les juges *Abella* et *Brown* suggèrent le contraire, le cadre d'analyse établi dans *Jordan*, lorsqu'il est appliqué correctement, n'offre pas moins de protection aux adolescents que l'ancien

unpredictable, confusing, and complex (see *Jordan*, at para. 38). In fact, there is every reason to expect that young persons will enjoy stronger protection against prolonged delay than they did in the pre-*Jordan* era. To this end, I wish to address two main concerns that have been raised about taking a “below-the-ceiling approach” in youth cases.

[77] First, while the test for a stay below the ceiling places the onus on the defence to establish that the delay was unreasonable, this does not, in my view, disadvantage young persons vis-à-vis adults or place them in a less advantageous position than they were in pre-*Jordan*. *Jordan* affords all accused persons, including youth, the benefit of a presumption of unreasonableness once the delay exceeds the presumptive ceiling. This presumption is an advantage that accused persons did not enjoy under the pre-*Jordan* framework, which always placed the onus on the accused to demonstrate that the delay was unreasonable, no matter its length (see *Morin*, at pp. 788-89). Moreover, as stated in *Jordan*, “[s]ince the defence benefits from a strong presumption in favour of a stay once the ceiling is exceeded”, it is appropriate to place the onus on the defence to justify a stay below the ceiling (paras. 85-86). In fairness, given that both young persons and adults benefit from this strong presumption, they both must bear the onus of justifying a stay below the ceiling.

[78] Second, while this Court stated at para. 48 of *Jordan* that stays below the ceiling will be “rare” and “limited to clear cases”, this statement must be read in light of the fact that the *Jordan* framework applies to all criminal proceedings, not just youth matters. While stays below the ceiling may be “rare” when considered against the entire body of applications for a stay under the ceiling, they may be less “rare” when considered against the smaller body of youth

cadre d’analyse, qui était imprévisible, difficile à saisir et complexe (voir *Jordan*, par. 38). En fait, il y a toutes les raisons de nous attendre à ce que les adolescents bénéficient d’une meilleure protection contre les délais prolongés qu’avant l’arrêt *Jordan*. À cette fin, j’aimerais aborder deux préoccupations importantes qui ont été soulevées concernant l’adoption d’une « approche fondée sur un plafond » dans les cas mettant en cause des adolescents.

[77] Premièrement, bien que le test pour déterminer s’il y a lieu de prononcer un arrêt des procédures lorsque le délai est inférieur au plafond impose à la défense le fardeau de prouver que le délai a été déraisonnable, à mon avis, cela ne désavantage pas les adolescents par rapport aux adultes et ne les place pas dans une position plus désavantageuse que celle qu’ils occupaient avant l’arrêt *Jordan*. Ce dernier permet à tous les inculpés, y compris les adolescents, de bénéficier d’une présomption selon laquelle le délai est déraisonnable lorsqu’il dépasse le plafond présumé. Cette présomption constitue un avantage dont l’accusé ne bénéficiait pas avant l’arrêt *Jordan*, puisque l’ancien cadre d’analyse imposait toujours le fardeau à l’accusé de prouver que le délai était déraisonnable, peu importe sa longueur (voir *Morin*, p. 788-789). En outre, ainsi qu’il est mentionné dans l’arrêt *Jordan*, « [c]omme [la défense] bénéficie d’une forte présomption pour un arrêt des procédures en cas de dépassement du délai maximal applicable », il est approprié de lui imposer le fardeau de justifier un arrêt des procédures lorsque le délai est inférieur au plafond (par. 85-86). En toute équité, puisque tant les adolescents que les adultes bénéficient de cette forte présomption, ils doivent les uns comme les autres porter le fardeau de justifier un arrêt des procédures lorsque le délai est inférieur au plafond.

[78] Deuxièmement, bien que la Cour ait déclaré au par. 48 de l’arrêt *Jordan* que les arrêts de procédures prononcés dans les cas où le délai est inférieur au plafond seront « rares » et « limités aux cas manifestes », cette déclaration doit être lue à la lumière du fait que le cadre d’analyse établi dans cet arrêt s’applique à toutes les instances criminelles et pas seulement aux affaires mettant en cause des adolescents. Même si de tels arrêts de procédures

applications for a stay under the ceiling. The restriction to “clear cases” was simply meant to ensure that borderline cases are not stayed, given the significant public interest in seeing a criminal matter resolved on the merits.

[79] Thus, while Abella and Brown JJ. maintain that the approach adopted in these reasons will afford young persons less protection than they enjoyed pre-*Jordan* and will turn *Jordan* into a “hollow promise” for youth (para. 166), this is simply not so. When *Jordan* is taken to heart and the test for a stay below the ceiling is properly applied to youth court proceedings, the *Jordan* framework affords young persons robust protection against unreasonable delay.

[80] Having said this, *Jordan* will not deliver on its promise — whether for young persons or for adults — unless *all* participants in the criminal justice system work together and take a proactive approach from day one (see *Jordan*, at paras. 5, 108, 112, and 117; *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659, at para. 36). As I will explain, this applies to both the Crown and the defence, among others.

[81] Prosecutors cannot be content to wait until the 18-month mark is within eyesight before kicking into gear. That is precisely the sort of normalized indifference towards delay that prompted *Jordan*. Rather, they should take active steps from the outset to ensure the matter is dealt with promptly, even if the presumptive ceiling is still far on the horizon. Failing to take reasonable steps to expedite the proceeding is one indicator that the case may have taken markedly longer than it reasonably should have (see *Jordan*, at para. 87). This is particularly so in the youth context, since the tolerance for delay in this

peuvent être « rares » si on les compare à l’ensemble des demandes d’arrêts des procédures lorsqu’un délai est inférieur au plafond, ils peuvent être moins « rares » si on les compare au plus petit ensemble de demandes d’arrêt des procédures lorsque le délai est inférieur au plafond dans les affaires mettant en cause des *adolescents*. La restriction relative aux « cas manifestes » n’avait pour but que de veiller à ce qu’un arrêt des procédures ne soit pas prononcé dans les cas limites étant donné l’intérêt public important à voir les affaires criminelles réglées sur le fond.

[79] Donc, bien que les juges Abella et Brown soutiennent que l’approche adoptée dans les présents motifs fournira aux adolescents une protection moindre que celle dont ils jouissaient avant l’arrêt *Jordan* et fera de cet arrêt une « promesse creuse » pour eux (par. 166), il n’en est tout simplement pas ainsi. Si on prend à cœur l’arrêt *Jordan* et si on applique correctement aux instances mettant en cause des adolescents le test relatif au délai inférieur au plafond, le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Jordan* offre aux adolescents une protection solide contre les délais déraisonnables.

[80] Cela étant dit, l’arrêt *Jordan* ne remplira sa promesse — pour les adolescents comme pour les adultes — que si *tous* les participants au système de justice pénale travaillent ensemble et adoptent une approche proactive dès le début de l’instance (voir *Jordan*, par. 5, 108, 112 et 117; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659, par. 36). Comme je l’expliquerai, cela s’applique tant au ministère public qu’à la défense, entre autres.

[81] Les procureurs ne peuvent pas se contenter d’attendre que le plafond de 18 mois se rapproche avant d’accélérer le pas. Il s’agit précisément du type de complaisance normalisée vis-à-vis les délais qui a donné lieu à l’arrêt *Jordan*. Ils doivent plutôt prendre des mesures proactives dès le départ pour s’assurer que l’affaire soit réglée diligemment, même si le plafond présumé est encore loin. L’omission de prendre des mesures raisonnables pour accélérer l’instance est un indicateur que la cause a peut-être pris un temps nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement prendre (voir *Jordan*, par. 87). C’est

context has always been — and will continue to be — lower than in the adult context.

[82] In embracing this proactive approach, prosecutors should bear in mind that the presumptive ceiling “is not an aspirational target”, 18 or 30 months is still “a long time to wait for justice”, and most cases “can and should” be completed in less time (*Jordan*, at paras. 56-57). This is particularly so for young persons, for reasons already explained. It is also worth reiterating that prosecutors have a strong incentive to be proactive: where the delay in a case falls below the ceiling, “a diligent, proactive Crown will be a strong indication that the case did not take markedly longer than reasonably necessary” (*ibid.*, at para. 112). Conversely, where the Crown fails to take a proactive approach — particularly in the context of youth proceedings — this will be a factor in determining whether a case has taken markedly longer than it reasonably should have.

[83] Equally, the defence has a duty to be proactive, as well as an interest in doing so. In the case of an accused who wishes to proceed as quickly as possible, the defence must, to meet the test for a stay below the ceiling, take “meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings” (*Jordan*, at para. 48). Simply sitting back and watching the delay pile up will clearly not suffice. Nor will mere “token efforts” such as simply putting on the record that the defence wanted an earlier trial date (see *ibid.*, at para. 85). Rather, the defence must take “meaningful and sustained steps” — attempting to set the earliest possible hearing dates, cooperating with and responding to the Crown and the court, putting the Crown on timely notice when delay is becoming a problem, conducting all applications reasonably and expeditiously, and so on (see *ibid.*). In short, if the defence hopes to satisfy the “meaningful steps” test set out in *Jordan*, it must

particulièrement le cas dans les affaires mettant en cause des adolescents, puisque la tolérance envers les délais dans ce contexte a toujours été — et sera toujours — moins grande que dans les instances mettant en cause des adultes.

[82] Lorsqu’ils adoptent cette approche proactive, les procureurs doivent garder à l’esprit que le plafond présumé n’est « pas [un] objectif ambitieux ». Des délais de 18 ou de 30 mois sont quand même « de longs délais pour que justice soit rendue », et la plupart des affaires peuvent et devraient être réglées en moins de temps (*Jordan*, par. 56-57). Cela est particulièrement le cas en ce qui concerne les adolescents, pour les raisons qui ont déjà été expliquées. Il vaut également la peine de réitérer que les procureurs sont fortement incités à agir de manière proactive : lorsque le délai est inférieur au plafond, « la présence au dossier d’un représentant du ministère public diligent et proactif est une indication forte que la cause n’a pas pris plus longtemps de manière manifeste que ce qu’il était raisonnable qu’elle prenne » (*ibid.*, par. 112). Inversement, lorsque le ministère public ne se montre pas proactif — surtout dans le contexte d’un procès pour adolescent —, cela est un facteur à prendre en compte lorsqu’il s’agit de décider si un dossier a été nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être.

[83] De même, la défense a l’obligation d’agir de manière proactive ainsi qu’un intérêt à le faire. Lorsqu’un accusé souhaite procéder le plus rapidement possible, la défense doit, pour satisfaire au test applicable lorsque le délai est inférieur au plafond et obtenir un arrêt des procédures, prendre « des mesures utiles qui font la preuve d’un effort soutenu pour accélérer l’instance » (*Jordan*, par. 48). Elle ne peut clairement pas se contenter d’attendre et de regarder les délais s’empiler. Elle ne peut pas non plus déployer uniquement des « efforts symboliques » comme de simplement faire consigner au dossier qu’elle voulait une date de procès plus hâtive (voir *ibid.*, par. 85). La défense doit plutôt prendre des « mesures utiles et soutenues » — comme tenter d’obtenir les dates les plus rapprochées possible pour la tenue de l’audience, collaborer avec le ministère public et le tribunal et répondre à leurs efforts, aviser le ministère public en temps opportun

engage in proactive conduct throughout and show that the accused is committed to having the case tried as quickly as possible. Resigned acquiescence will not do.

[84] Stated succinctly, if we are to make the culture of complacency towards delay identified in *Jordan* a thing of the past, all criminal justice system participants must take a proactive and cooperative approach with a view to fulfilling s. 11(b)'s important objectives (see *Jordan*, at para. 5). While this principle certainly applies in adult cases, it applies with even greater force in youth cases.

[85] Finally, before considering whether the delay in the appellant's case was unreasonable, a brief clarification regarding the treatment of delay resulting from failed attempts at extrajudicial sanctions is warranted. I offer this clarification solely for future guidance, as no attempt to impose extrajudicial sanctions was made in this case.

(5) The Treatment of Delay Resulting From Failed Attempts at Extrajudicial Sanctions

[86] The *YCJA* encourages the use of “extrajudicial measures”, which seek to respond to youth offending in “a less intrusive, more informal, and more expeditious fashion” than can be achieved through the courts (Bala and Anand, at p. 340). They are defined in s. 2(1) of the *YCJA* as “measures other than judicial proceedings under this Act used to deal with a young person alleged to have committed an offence and includes extrajudicial sanctions”. Such measures include simple warnings or cautions; referrals to programs or agencies in the community; and, if those measures would prove inadequate, “extrajudicial sanctions” (see *YCJA*, ss. 6-8 and 10; B. Jones, E. Rhodes and M. Birdsell, *Prosecuting*

quand le délai commence à poser problème, mener toutes les demandes de manière raisonnable et expéditive et ainsi de suite (voir *ibid.*). Bref, si la défense espère satisfaire au critère des « mesures utiles » établi dans l'arrêt *Jordan*, elle doit agir de manière proactive durant toute l'instance et démontrer que l'accusé est résolu à faire instruire son procès aussi rapidement que possible. L'acquiescement résigné ne suffit pas.

[84] Bref, si nous voulons faire de la culture de complaisance vis-à-vis des délais mentionnée dans l'arrêt *Jordan* une chose du passé, tous les participants au système de justice pénale doivent adopter une approche proactive et coopérative afin de réaliser les objectifs importants visés par l'al. 11b) (voir *Jordan*, par. 5). S'il est vrai que ce principe s'applique certainement aux affaires mettant en cause des adultes, il s'applique encore plus à celles mettant en cause des adolescents.

[85] Enfin, avant d'examiner si le délai dans la cause de l'appelant était déraisonnable, il convient d'apporter une brève précision concernant le traitement du délai découlant des tentatives infructueuses d'appliquer des sanctions extrajudiciaires. J'offre cette précision uniquement à des fins d'orientation future, car aucune tentative n'a été faite en l'espèce d'appliquer ce type de sanctions.

(5) Traitement du délai découlant des tentatives infructueuses d'appliquer des sanctions extrajudiciaires

[86] La *LSJPA* encourage le recours aux « mesures extrajudiciaires », qui visent à intervenir auprès des jeunes contrevenants [TRADUCTION] « d'une façon moins intrusive, plus informelle et plus rapide » que si l'affaire était portée devant les tribunaux (Bala et Anand, p. 340). Le paragraphe 2(1) de la *LSJPA* définit ces mesures comme des « [m]esures, autres que les procédures judiciaires prévues par la présente loi, utilisées à l'endroit des adolescents auxquels une infraction est imputée, y compris les sanctions extrajudiciaires ». Il peut s'agir de simples avertissements ou mises en garde, de renvois à des programmes ou organismes communautaires et, dans les cas où ces mesures ne suffisent pas, de

and *Defending Youth Criminal Justice Cases: A Practitioner's Handbook*, in B. H. Greenspan and V. Rondinelli, eds., *Criminal Law Series* (2016), at p. 128). These are all forms of “diversion” — attempts to deal with youth offending outside the formal court system (see Bala and Anand, at pp. 340 and 350). Among other things, they help minimize delays within the youth court system, and within the court system more generally, by reducing the number of young persons proceeding through the courts (see Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, *Delaying Justice is Denying Justice: An Urgent Need to Address Lengthy Court Delays in Canada (Final Report)* (June 2017) (online), at p. 169).

[87] The *YCJA* treats extrajudicial measures as an essential tool in the youth justice toolbox. It recognizes in its preamble that the youth criminal justice system should “reserv[e] its most serious intervention for the most serious crimes” and reduce its “over-reliance on incarceration for non-violent young persons”. The central role of extrajudicial measures in the youth criminal justice system is recognized in s. 4(a) and (b) of the *YCJA*, which declare that “extrajudicial measures are often the most appropriate and effective way to address youth crime” and that “extrajudicial measures allow for effective and timely interventions focused on correcting offending behaviour”. Moreover, s. 4(c) creates a presumption that extrajudicial measures are “adequate to hold a young person accountable for his or her offending behaviour if the young person has committed a non-violent offence and has not previously been found guilty of an offence”, while s. 6(1) requires police to consider extrajudicial measures before starting judicial proceedings. As a consequence of this emphasis on extrajudicial measures, the *YCJA* has “resulted in a significant drop in the number of youth charged and an increase in the use of various methods of diversion” (Bala and Anand, at p. 387).

« sanctions extrajudiciaires » (voir la *LSJPA*, art. 6 à 8 et 10; B. Jones, E. Rhodes et M. Birdsell, *Prosecuting and Defending Youth Criminal Justice Cases: A Practitioner's Handbook*, dans B. H. Greenspan et V. Rondinelli, dir., *Criminal Law Series* (2016), p. 128). Ce sont toutes des mesures de « déjudiciarisation », c’est-à-dire des façons de s’attaquer à la délinquance juvénile à l’extérieur du système judiciaire formel (voir Bala et Anand, p. 340 et 350). Elles contribuent notamment à réduire les délais au sein du système de justice pour les adolescents — et du système de justice de façon générale — en réduisant le nombre d’entre eux qui se retrouvent devant les tribunaux (voir Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *Justice différée, justice refusée : L’urgence de réduire les longs délais dans le système judiciaire au Canada (rapport final)* (juin 2017) (en ligne), p. 188-189).

[87] La *LSJPA* traite les mesures extrajudiciaires comme un outil essentiel dans le domaine de la justice pour les adolescents. Elle reconnaît dans son préambule que le système de justice pénale mis sur pied pour eux devrait « limite[r] la prise des mesures les plus sévères aux crimes les plus graves » et qu’il faudrait diminuer « le recours à l’incarcération des adolescents non violents ». Le rôle central que jouent les mesures extrajudiciaires dans le système de justice pénale pour les adolescents est reconnu aux al. 4a) et b) de la *LSJPA*, qui prévoient que « le recours [à ces] mesures [. . .] est souvent la meilleure façon de s’attaquer à la délinquance juvénile » et qu’il « permet d’intervenir rapidement et efficacement pour corriger le comportement délictueux des adolescents ». En outre, l’al. 4c) crée une présomption selon laquelle la prise de mesures extrajudiciaires « suffit pour faire répondre les adolescents de leurs actes délictueux dans le cas où ceux-ci ont commis des infractions sans violence et n’ont jamais été déclarés coupables d’une infraction auparavant », tandis que le par. 6(1) enjoint aux agents de police d’envisager la prise de mesures extrajudiciaires avant d’engager des poursuites. Grâce à l’importance qu’elle accorde aux mesures extrajudiciaires, la *LSJPA* a [TRADUCTION] « mené à une diminution importante du nombre d’adolescents qui ont fait l’objet d’accusations et à une augmentation du recours à diverses méthodes de déjudiciarisation » (Bala et Anand, p. 387).

[88] Extrajudicial sanctions, a particular species of extrajudicial measures, are “non-court measures that are used to dispose of a criminal offence and hold a young person accountable for his or her criminal conduct but without the need for a formal finding of guilt” (Jones, Rhodes and Birdsell, at p. 128; see also Bala and Anand, at pp. 371-81). They are always post-charge programs (Jones, Rhodes and Birdsell, at p. 128). The use of such programs does not necessarily bar later judicial proceedings, provided the young person failed to fully comply with the terms and conditions of the program and, in a case of partial compliance, it would not be unfair to prosecute the matter in court (see *YCJA*, s. 10(5)). Where an attempt at extrajudicial sanctions fails and prosecutors then decide to pursue court proceedings, some time will have passed since the laying of the charges, which is the point at which the *Jordan* clock starts ticking (see *Jordan*, at para. 49). The question, then, is how such periods should be treated in the calculation of delay under the *Jordan* framework.

[89] In my view, any delay resulting from failed attempts at extrajudicial sanctions should be treated on a case-by-case basis. That said, without foreclosing the theoretical possibility that such delay might in some rare instances be included in the *Jordan* calculation, it can reasonably be expected that it will be deducted as defence delay. There are sound policy reasons for this. Removing this type of delay from the *Jordan* calculation minimizes the risk that authorities will refrain from using extrajudicial sanctions in the first place out of a fear that they may be increasing the likelihood of a stay in the event such measures fail. Removing disincentives against extrajudicial sanctions is an important policy objective given the central role played by such measures in the youth criminal justice system. Furthermore, this approach makes sense at a conceptual level. When an attempt at extrajudicial sanctions is made, that effectively removes the matter from the court system and places it on a different track. It therefore makes good sense to “stop the clock” and to restart

[88] Les sanctions extrajudiciaires sont une forme particulière de mesures extrajudiciaires. Il s’agit de [TRADUCTION] « mesures non judiciaires utilisées pour sanctionner une infraction criminelle et pour faire répondre les adolescents de leurs actes délictueux sans qu’il soit nécessaire d’obtenir une déclaration de culpabilité officielle » (Jones, Rhodes et Birdsell, p. 128; voir également Bala et Anand, p. 371-381). Il s’agit dans tous les cas de programmes applicables après la mise en accusation (Jones, Rhodes et Birdsell, p. 128). Y recourir ne fait pas nécessairement obstacle à l’introduction ultérieure de poursuites judiciaires, dans le cas où l’adolescent ne s’est pas totalement conformé aux modalités du programme; et, dans un cas de conformité partielle, il ne serait pas injuste d’intenter une poursuite (voir la *LSJPA*, par. 10(5)). Lorsqu’on a tenté, en vain, d’appliquer des sanctions extrajudiciaires et que le poursuivant décide d’intenter une poursuite, il se sera nécessairement écoulé un certain temps depuis le dépôt des accusations, qui est le point de départ du calcul du délai selon l’arrêt *Jordan* (voir *Jordan*, par. 49). La question qui se pose alors est celle de savoir quel traitement il faut réserver à ce laps de temps dans le calcul du délai effectué selon le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Jordan*.

[89] À mon avis, tout délai découlant de tentatives infructueuses d’appliquer des sanctions extrajudiciaires devrait être traité au cas par cas. Cela dit, s’il est possible en théorie que ces délais soient, dans de rares cas, inclus dans le calcul effectué selon l’arrêt *Jordan*, on peut raisonnablement s’attendre à ce qu’ils soient déduits à titre de délai imputable à la défense. Des raisons de principe valables le justifient. Le fait de déduire ce délai du calcul effectué selon l’arrêt *Jordan* réduit le risque que les autorités s’abstiennent d’avoir recours en premier lieu aux sanctions extrajudiciaires de crainte d’augmenter la probabilité qu’un arrêt des procédures soit prononcé advenant l’échec de ces mesures. L’élimination des facteurs de dissuasion à l’égard des sanctions extrajudiciaires est un objectif de principe important étant donné le rôle central que joue ce type de mesures dans le système de justice pénale pour les adolescents. De plus, cette approche est logique du point de vue conceptuel. Lorsqu’on tente d’appliquer des sanctions extrajudiciaires dans une affaire, celle-ci

that clock only if and when the matter is placed back into the court system.

[90] I will now consider whether the delay in the appellant’s case was unreasonable.

C. *Was the Delay in the Appellant’s Case Unreasonable?*

(1) Applicability of the Jordan Framework

[91] As a general rule, the *Jordan* framework’s scope of application extends to “transitional cases”, which were already in the system when *Jordan* was decided on July 8, 2016 (see *Jordan*, at para. 95; *Cody*, at para. 25). As the appellant’s case had already been in the system for nearly 15 months by that time, it qualifies as a transitional case.

(2) Total Delay

[92] The first step under the *Jordan* framework is to calculate total delay, which runs from the date the accused was charged to the actual or anticipated end of trial (*Jordan*, at paras. 49 and 60). In this case, the parties have proceeded on the basis that the total delay extends from when the appellant was charged on April 12, 2015 to when he was convicted on November 9, 2016 — a total delay of 18 months and 28 days (excluding the final day).²

² The Crown did not argue that time taken to issue a reserve judgment or to render a decision on a mid-trial application (i.e., “decision delay”) should not be counted in the calculation of delay. The issue has been considered in several cases (see, e.g., *R. v. Ashraf*, 2016 ONCJ 584, 367 C.R.R. (2d) 30; *R. v. Zilney*, 2017 ONCJ 610, 390 C.R.R. (2d) 209; *R. v. Lavoie*, 2017 ABQB 66; *R. v. Mamouni*, 2017 ABCA 347, 58 Alta. L.R. (6th) 283; *R. v. King*, 2018 NLCA 66, 369 C.C.C. (3d) 1; *R. v. K.G.K.*, 2019 MBCA 9, 373 C.C.C. (3d) 1 (appeal heard on September 25, 2019, judgment reserved); *R. v. Vader*, 2019 ABCA 191). Given the absence of submissions on this issue, I would leave it for another day.

est essentiellement retirée du système judiciaire et suit une autre voie. Il est donc logique d’« arrêter le compteur » et de le remettre en marche uniquement au moment où l’affaire reprend son cours dans le système judiciaire, le cas échéant.

[90] Je me pencherai maintenant sur la question de savoir si le délai était déraisonnable en l’espèce.

C. *Le délai était-il déraisonnable dans la cause de l’appellant?*

(1) Applicabilité du cadre d’analyse énoncé dans l’arrêt Jordan

[91] Règle générale, le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Jordan* s’applique aux « dossiers en cours d’instance durant [la période transitoire] », c’est-à-dire aux affaires déjà en cours lorsque l’arrêt *Jordan* a été rendu le 8 juillet 2016 (voir *Jordan*, par. 95; *Cody*, par. 25). Comme la présente affaire était déjà en cours depuis près de 15 mois à cette date, il s’agit d’un tel dossier.

(2) Délai total

[92] Selon le cadre d’analyse énoncé dans l’arrêt *Jordan*, il faut tout d’abord calculer le délai total entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès (*Jordan*, par. 49 et 60). En l’espèce, les parties s’entendent pour dire que le délai total s’étend du 12 avril 2015, date à laquelle l’appelant a été mis en accusation, au 9 novembre 2016, date à laquelle il a été déclaré coupable. Il s’agit donc d’un délai total de 18 mois et 28 jours (le dernier jour étant exclu)².

² Le ministère public n’a pas fait valoir que le temps requis pour que la cour rende un jugement en délibéré ou une décision interlocutoire (c.-à-d. la « décision sur le délai ») devrait être déduit du calcul du délai. Cette question a été examinée à plusieurs reprises (voir, p. ex., *R. c. Ashraf*, 2016 ONCJ 584, 367 C.R.R. (2d) 30; *R. c. Zilney*, 2017 ONCJ 610, 390 C.R.R. (2d) 209; *R. c. Lavoie*, 2017 ABQB 66; *R. c. Mamouni*, 2017 ABCA 347, 58 Alta. L.R. (6th) 283; *R. c. King*, 2018 NLCA 66, 369 C.C.C. (3d) 1; *R. c. K.G.K.*, 2019 MBCA 9, 373 C.C.C. (3d) 1 (appel entendu le 25 septembre 2019, jugement en délibéré); *R. c. Vader*, 2019 ABCA 191). Comme les parties n’ont présenté aucune observation sur la question, j’estime qu’il convient d’en remettre l’examen à une autre occasion.

(3) Defence Delay

[93] In line with *Jordan*, any delay caused by the defence must be subtracted from total delay (para. 60). This is because “[t]he defence should not be allowed to benefit from its own delay-causing conduct” (para. 60). Thus, for example, “the defence will have directly caused the delay if the court and the Crown are ready to proceed, but the defence is not” (para. 64).

[94] Here, on the morning of March 2, 2016, while the court and the Crown were ready to proceed at the scheduled start time, the appellant did not show up on time. In the interim, the Crown dealt with other matters, and the *voir dire* did not commence until the afternoon. Ultimately, the *voir dire* did not conclude, and a continuation date was set for July 28, 2016 (the earliest date available) for five hours.

[95] Even if it was inevitable that the hearing would not conclude on March 2, it remains the case that if the appellant had shown up on time, more of the trial could have been completed on March 2 — approximately 2½ hours more. Had this occurred, it is reasonable to think that a date for continuation earlier than July 28 would have been found, as a 2½-hour time slot is easier to find than a five-hour time slot. This is not, contrary to Abella and Brown JJ.’s contention, mere “conjecture” (para. 175). Rather, it simply recognizes the undeniable reality of scheduling cases in a busy provincial court like the one in Fort McMurray: the longer the time requirement, the longer the wait.

[96] Ultimately, it was the appellant’s late appearance that created a need to find a date that would accommodate a five-hour, rather than 2½-hour, trial. Accordingly, there is good reason to treat at least some of the delay between March 2, 2016 and July 28, 2016 (almost five months) as defence delay, even if a continuation was inevitable. Without assigning blame, just as the delay occasioned by the Crown’s change of mind in seeking to introduce the appellant’s statement is attributable to the Crown,

(3) Délai imputable à la défense

[93] Selon l’arrêt *Jordan*, tout délai imputable à la défense doit être déduit du délai total, parce que cette dernière « ne doit pas être autorisée à profiter de sa propre conduite à l’origine du délai » (par. 60). Par exemple, « la défense cause directement le délai si le tribunal et le ministère public sont prêts à procéder, mais pas elle » (par. 64).

[94] En l’espèce, le matin du 2 mars 2016, le tribunal et le ministère public étaient prêts à procéder à l’heure prévue, mais l’appelant ne s’est pas présenté à l’heure. En l’attendant, le ministère public a traité d’autres dossiers, et le voir-dire n’a commencé qu’en après-midi. En fin de compte, le voir-dire n’a pas été entendu au complet, et la reprise de l’audience a été fixée au 28 juillet 2016 (la première date disponible) pour une durée de cinq heures.

[95] Même s’il était inévitable que le voir-dire ne serait pas entendu au complet le 2 mars, il reste que si l’appelant était arrivé à l’heure, l’audience aurait pu progresser davantage ce jour-là — elle aurait pu durer environ deux heures et demie de plus. Si cela avait été le cas, il est raisonnable de penser que l’audience aurait pu reprendre avant le 28 juillet, car il est plus facile de trouver une plage horaire de deux heures et demie qu’une plage horaire de cinq heures. Contrairement à ce que prétendent les juges Abella et Brown, il ne s’agit pas d’une simple « suppos[ition] » (par. 175). Cela ne fait plutôt que reconnaître la réalité indéniable de la planification des instances dans une cour provinciale occupée comme celle de Fort McMurray : plus la plage horaire requise est longue, plus l’attente est longue.

[96] En fin de compte, c’est la comparution tardive de l’appelant qui est à l’origine du besoin de trouver une date à laquelle on pouvait tenir une audience de cinq heures plutôt que de deux heures et demie. Il y a donc de bonnes raisons de traiter au moins une partie du délai entre le 2 mars 2016 et le 28 juillet 2016 (soit près de cinq mois) comme étant imputable à la défense, même si un ajournement était inévitable. Sans jeter le blâme sur qui que ce soit, tout comme le délai occasionné par le changement d’avis du ministère

so too should the delay caused by the appellant's failure to attend court on time be attributable to the defence. It is, of course, difficult to quantify with precision the extent of the delay caused by the defence, and I would not attribute the full five months to it. However, attributing a delay of two to three months to the defence is in my view both fair and reasonable. This results in a net delay of 16 to 17 months.

[97] In attributing a delay of two to three months to the defence resulting from the appellant's failure on March 2 to attend court on time, I recognize that this delay was not accounted for by the trial judge or the Court of Appeal. With respect, for the reasons I have outlined, it should have been.

(4) Discrete Exceptional Events

[98] Delay caused by “discrete exceptional events” that are reasonably unforeseeable or reasonably unavoidable must also be deducted to the extent such delay could not reasonably have been mitigated by the Crown or the justice system (see *Cody*, at para. 48, citing *Jordan*, at paras. 73 and 75). The event need not be “rare or entirely uncommon” to qualify as a discrete exceptional event (*Jordan*, at para. 69). Examples would include “an illness, extradition proceeding, or unexpected event at trial” (*ibid.*, at para. 81). “[O]nly circumstances that are genuinely outside the Crown's control and ability to remedy” may qualify (*ibid.*).

[99] In this instance, the Crown maintains that the 28-day delay between September 6, 2016, and October 4, 2016, resulting from an administrative error leading to the unavailability of the *voir dire* transcript qualifies as a discrete exceptional event that must be subtracted from the total delay, and the trial judge erred in concluding otherwise. For reasons that follow, I agree.

[100] As for the first requirement, the administrative error in the transcript ordering process was

public quant à la présentation de la déclaration de l'appelant est imputable au ministère public, je suis d'avis que le délai causé par le défaut de l'appelant de se présenter à la cour à l'heure est imputable à la défense. Évidemment, il est difficile de déterminer la portée exacte du délai qui lui est attribuable, et je ne lui imputerais pas le plein délai de cinq mois. À mon avis, il est toutefois juste et raisonnable de lui imputer deux ou trois mois du délai. Le délai net est donc de 16 ou 17 mois.

[97] En imputant deux ou trois mois du délai à la défense parce que l'appelant s'est présenté en retard à l'audience du 2 mars, je reconnais que ni la juge du procès ni la Cour d'appel n'ont tenu compte de ce délai. Soit dit en tout respect, pour les motifs que j'ai énoncés, il aurait fallu en tenir compte.

(4) Événements exceptionnels distincts

[98] Le délai causé par des « événements exceptionnels distincts » qui sont raisonnablement imprévisibles ou inévitables est aussi déduit, dans la mesure où il ne pouvait raisonnablement être atténué ni par le ministère public ni par le système judiciaire (voir *Cody*, par. 48, citant *Jordan*, par. 73 et 75). Il n'est pas nécessaire que les événements soient « rares ou tout à fait insolites » pour être qualifiés d'événements exceptionnels distincts (*Jordan*, par. 69). En voici des exemples : « une maladie, une procédure d'extradition ou un imprévu au procès » (*ibid.*, par. 81). « [S]eules des circonstances véritablement indépendantes de la volonté du ministère public et auxquelles celui-ci ne pouvait remédier » peuvent être des événements exceptionnels distincts (*ibid.*).

[99] En l'espèce, le ministère public soutient que le délai de 28 jours entre le 6 septembre 2016 et le 4 octobre 2016 — qui découle d'une erreur administrative ayant causé l'indisponibilité de la transcription du voir-dire — constitue un événement exceptionnel distinct devant être déduit du délai total, et que la juge du procès a commis une erreur en concluant le contraire. Pour les motifs qui suivent, je suis d'accord.

[100] Pour ce qui est du premier critère, l'erreur administrative liée au processus de demande de

neither reasonably foreseeable nor reasonably avoidable. As stated in *Jordan*, “[t]rials are not well-oiled machines” (para. 73). Similarly, as noted in *Cody*, “[m]istakes happen. Indeed, they are an inevitable reality of a human criminal justice system” (para. 58). The administrative error in this case was simply one of those unforeseeable and unavoidable hiccups that sometimes occur in the life of a trial.

[101] Turning to the second requirement, it is axiomatic that the Crown could not reasonably have mitigated this delay. It neither requested nor received a copy of the transcript, which was ordered by trial judge for her own benefit, and it plays no role in monitoring or correcting matters between court administrators and the court reporter’s office in which it has no involvement. Put simply, the error here had nothing to do with the Crown, and by the time the trial judge advised the parties of the issue, there was nothing it could have done to avoid the need to adjourn the matter and thereby mitigate the delay caused by the error.

[102] The question, then, is whether *the justice system* could reasonably have mitigated this delay. It is true that, had the trial judge been in her office when the incomplete transcript arrived, she likely would have noticed the error and been able to mitigate its effect, perhaps by listening to the audio recording of the hearing or by rush ordering a complete transcript. But when assessing whether a particular period of delay could reasonably have been mitigated by the Crown or the justice system, we must take into account certain “practical realities” (*Jordan*, at para. 74). One of those practical realities is that judges sometimes take vacations. They are not chained to their desks. While the error could have been caught and remedied had the trial judge taken no vacation and instead monitored her inbox, in my view this is not a reasonable expectation. Accordingly, this was a period of delay that could not reasonably have been mitigated by the justice system.

transcription était raisonnablement imprévisible ou inévitable. Comme le précise l’arrêt *Jordan*, « [l]es procès ne constituent pas des machines bien huilées » (par. 73). De même, comme la Cour l’a signalé dans l’arrêt *Cody*, « [d]es erreurs surviennent. D’ailleurs, les erreurs sont une réalité inévitable dans un système de justice criminelle dirigé par des êtres humains » (par. 58). L’erreur administrative qui a été commise en l’espèce était une de ces simples erreurs imprévisibles et inévitables, qui surviennent parfois durant une instance.

[101] Pour ce qui est du deuxième critère, il est évident que le ministère public ne pouvait pas raisonnablement atténuer ce délai. Il n’a ni demandé ni reçu de copie de la transcription — qu’a réclamée la juge du procès pour son propre bénéfice — et il ne joue aucun rôle de surveillance ou de correction à l’égard des interactions entre les administrateurs judiciaires et le bureau des sténographes judiciaires, avec lequel il n’a pas affaire. Autrement dit, l’erreur qui a été commise en l’espèce n’avait rien à voir avec le ministère public, et au moment où la juge du procès a signalé le problème aux parties, il ne pouvait rien faire pour éviter l’ajournement de l’affaire et ainsi réduire le délai causé par l’erreur.

[102] La question est donc celle de savoir si *le système judiciaire* aurait raisonnablement pu atténuer ce délai. Il est vrai que, si la juge du procès avait été au bureau lorsque la transcription incomplète lui a été envoyée, elle aurait probablement remarqué l’erreur et pu en atténuer les effets, possiblement en écoutant l’enregistrement audio de l’audience ou en demandant qu’une transcription complète lui soit envoyée en toute urgence. Cependant, au moment d’évaluer si une portion précise d’un délai aurait raisonnablement pu être atténuée par le ministère public ou le système judiciaire, il faut tenir compte de certaines « difficultés pratiques » (*Jordan*, par. 74). Une d’entre elles est le fait que les juges prennent parfois des vacances. Ils ne sont pas enchaînés à leur bureau. Même si l’erreur avait pu être remarquée et qu’on avait pu y remédier si la juge du procès n’avait pas pris de vacances et avait plutôt surveillé ses courriels, il ne s’agit pas, à mon avis, d’une attente raisonnable. En conséquence, le système judiciaire n’aurait pas raisonnablement pu atténuer cette portion du délai.

[103] Therefore, the approximate one-month delay resulting from this administrative error must be subtracted from the total delay. This leaves a net delay of 15 to 16 months, falling below the 18-month presumptive ceiling.

(5) Test for a Stay Below the Ceiling

[104] This case is the first in which this Court has had occasion to apply the test for a stay below the ceiling. As indicated, delay falling below the ceiling will be found unreasonable where the defence establishes that “(1) it took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings, and (2) the case took markedly longer than it reasonably should have”. In a transitional case such as this one, these requirements must “be applied contextually, sensitive to the parties’ reliance on the previous state of the law” (*Jordan*, at para. 99).

(a) *Defence Initiative — Meaningful and Sustained Steps*

[105] The defence acted responsibly throughout the proceeding. It entered pleas promptly, attempted to book trial dates as early as possible, and took reasonable positions. On the other hand, it did not go beyond simply putting on the record that there was no s. 11(b) waiver when a pattern of delay began to emerge, nor did it show that the appellant was committed to having the case tried as quickly as possible. Rather, the approach it adopted was more one of resigned acquiescence. Moreover, the appellant’s failure to show up to court on time on March 2, 2016 caused delay.

[106] That said, the defence is required to act “reasonably, not perfectly” (*Jordan*, at para. 85), and given that we are dealing with a transitional case, the approach taken by the defence must be viewed flexibly. As this Court stated in *Jordan*, “the defence need

[103] Le délai d’environ un mois découlant de cette erreur administrative doit donc être soustrait du délai total. Le délai net est donc de 15 ou 16 mois, ce qui est inférieur au plafond présumé de 18 mois.

(5) Test pour déterminer s’il y a lieu de prononcer un arrêt des procédures lorsque le délai est inférieur au plafond

[104] C’est la première fois que la Cour a l’occasion d’appliquer le test pour déterminer s’il y a lieu de prononcer un arrêt des procédures lorsque le délai est inférieur au plafond. Comme je l’ai déjà indiqué, un délai de ce type sera jugé déraisonnable si la défense prouve « (1) qu’elle a pris des mesures utiles qui font la preuve d’un effort soutenu pour accélérer l’instance, et (2) que le procès a été nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être ». Dans une affaire comme celle qui nous occupe, qui était en cours d’instance durant la période transitoire, les tribunaux doivent appliquer ces critères « en fonction du contexte et en étant sensible[s] au fait que les parties se sont fiées à l’état du droit qui prévalait auparavant » (*Jordan*, par. 99).

a) *Initiative dont a fait preuve la défense — Mesures utiles et soutenues*

[105] La défense s’est comportée de manière responsable tout au long de l’instance. Elle a enregistré ses plaidoyers diligemment, a tenté de fixer les dates de procès les plus rapprochées et a adopté des positions raisonnables. Par contre, elle n’a fait que consigner au dossier qu’il n’y avait eu aucune renonciation au droit garanti par l’al. 11b) quand les délais ont commencé à s’accumuler, et elle n’a pas démontré que l’appelant était résolu à faire instruire la cause le plus rapidement possible. La défense a plutôt fait preuve d’un acquiescement résigné. En outre, le fait que l’appelant ne se soit pas présenté à la cour à l’heure le 2 mars 2016 a entraîné un délai.

[106] Cela dit, la défense est tenue d’agir « raisonnablement, non pas à la perfection » (*Jordan*, par. 85), et comme il s’agit en l’espèce d’une affaire en cours d’instance durant la période transitoire, il faut examiner avec souplesse l’approche adoptée par

not demonstrate having taken initiative to expedite matters for the period of delay preceding [*Jordan*]” (para. 99). Given that about 80 percent of the trial took place before *Jordan* was released, I am prepared to give the defence the benefit of the doubt and conclude that the first requirement has been met.

(b) *Reasonable Time Requirements of the Case — Time Markedly Exceeded*

[107] To be clear, under this branch of the test, the issue is not whether the case should reasonably have been completed in less time. Rather, it is whether the case took *markedly* longer than it reasonably should have. Here, three factors suggest that this case should reasonably have been completed in less time.

[108] First, this case was straightforward. While a number of witnesses testified and a *voir dire* on the admissibility of the appellant’s statement to the police took place, the central issue was simple: in cutting the victim with a box cutter, did the appellant act in self-defence? It is not unreasonable to expect that a straightforward case like this could have been completed within a year.

[109] Second, in line with the principles of timely intervention and prompt and speedy enforcement in youth matters recognized in the case law and codified in s. 3(1)(b)(iv) and (v) of the *YCJA*, there was an enhanced need to try the appellant expeditiously. For reasons already explained, the right to be tried within a reasonable time under s. 11(b) of the *Charter* has special significance for young persons, and this requires that they be tried with greater dispatch.

[110] Third, despite the fact that this was a youth case, the Crown did not take steps to expedite the proceeding, and its late decision to reverse its

la défense. Ainsi que la Cour l’a précisé dans l’arrêt *Jordan*, « la défense n’a pas à démontrer qu’elle a pris des initiatives pour accélérer les choses au cours de la période qui a précédé le prononcé [de l’arrêt *Jordan*] » (par. 99). Étant donné que près de 80 pour cent de l’instance a eu lieu avant que l’arrêt *Jordan* soit rendu, je suis prêt à donner le bénéfice du doute à la défense et à conclure qu’il a été satisfait au premier critère.

b) *Délai raisonnable pour juger l’affaire — Délai nettement dépassé*

[107] En termes clairs, suivant ce volet du test, la question n’est pas de savoir si l’affaire aurait raisonnablement dû être réglée plus rapidement. Il s’agit plutôt de savoir si le procès a été *nettement* plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être. En l’espèce, trois facteurs donnent à penser que l’affaire aurait raisonnablement dû être réglée plus rapidement.

[108] Premièrement, l’affaire n’était pas complexe. Bien qu’un certain nombre de témoins aient présenté une déposition et qu’un voir-dire ait été tenu sur l’admissibilité de la déclaration que l’appelant a faite à la police, la question centrale était simple : lorsqu’il a poignardé la victime avec un couteau à lame rétractable, l’appelant agissait-il en légitime défense? Il n’est pas déraisonnable de s’attendre à ce qu’une affaire qui n’est pas complexe comme celle-ci soit réglée dans un délai d’un an.

[109] Deuxièmement, il y avait en l’espèce un besoin accru de juger l’appelant rapidement, conformément aux principes de la prise de mesures opportunes ainsi que de la diligence et de la célérité nécessaires des interventions dans les dossiers mettant en cause des adolescents, principes qui ont été reconnus par la jurisprudence et codifiés aux sous-al. 3(1)(b)(iv) et (v) de la *LSJPA*. Pour les motifs que j’ai déjà énoncés, le droit d’être jugé dans un délai raisonnable prévu à l’al. 11(b) de la *Charte* revêt une importance particulière pour les adolescents et exige que ceux-ci soient jugés plus rapidement.

[110] Troisièmement, le ministère public n’a pas pris de mesures pour accélérer les procédures, en dépit du fait qu’il s’agissait en l’espèce d’une affaire

position and attempt to seek admission of the appellant's statement to the police caused 5½ months of delay. While it was of course the Crown's prerogative to reverse its position, it must remain vigilant that its prosecutorial decisions do not compromise the s. 11(b) rights of accused persons (see *R. v. Vassell*, 2016 SCC 26, [2016] 1 S.C.R. 625, at para. 5; see also *Jordan*, at para. 79).

[111] But that is not the end of the story. As indicated, the test is not whether the case should reasonably have been completed in less time, but whether it took *markedly* longer than it reasonably should have. In a transitional case such as this, this inquiry must be approached contextually, in a manner that is sensitive to the parties' reliance on the previous state of the law (see *Jordan*, at para. 99). In particular, it must take into account how much of the delay predated *Jordan*, as well as how that delay would have been treated under the pre-*Jordan* jurisprudence. These considerations shape what can reasonably be expected in terms of timeliness in a transitional case. In short, today's standards should not be rigidly applied to yesterday's events.

[112] The vast majority of this trial took place at a time when the tolerance for institutional delay — the primary cause of delay in this case — was high across the country. In a transitional case such as this, this high tolerance for institutional delay is a component of the reasonable time requirements of the case (see *Jordan*, at paras. 100-101). In view of this, the Court in *Jordan* emphasized that “given the level of institutional delay tolerated under the previous approach, a stay of proceedings below the ceiling will be even more difficult to obtain for cases currently in the system” (para. 101).

[113] Turning to the particular jurisdiction in question, while we lack sufficient data to draw general

mettant en cause un adolescent. En outre, sa décision tardive de revenir sur sa position et de chercher à faire admettre la déclaration faite par l'appelant à la police a causé un délai de cinq mois et demi. Bien entendu, le ministère public peut revenir sur sa position, mais il doit rester vigilant pour s'assurer que ses décisions en matière de poursuites ne compromettent pas les droits reconnus aux accusés par l'al. 11b) (voir *R. c. Vassell*, 2016 CSC 26, [2016] 1 R.C.S. 625, par. 5; voir également *Jordan*, par. 79).

[111] Mais ce n'est pas tout. Comme je l'ai déjà mentionné, le test ne vise pas à savoir si l'affaire aurait dû être réglée plus rapidement, mais plutôt de savoir si elle a été *nettement* plus longue qu'elle aurait dû raisonnablement l'être. Dans une affaire comme celle-ci, qui était en cours d'instance durant la période transitoire, il faut aborder la question en fonction du contexte et en étant sensible au fait que les parties se sont fiées à l'état du droit qui prévalait auparavant (voir *Jordan*, par. 99). En particulier, il faut tenir compte de la proportion du délai qui est antérieure à l'arrêt *Jordan* et de la façon dont ce délai aurait été traité à la lumière de la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Jordan*. Ces facteurs aident à juger ce à quoi il est raisonnable de s'attendre en termes de rapidité dans les affaires visées par les dispositions transitoires. Bref, il ne faut pas appliquer de manière rigide les normes d'aujourd'hui aux événements d'hier.

[112] En l'espèce, le procès s'est déroulé en très grande partie à une époque où la tolérance à l'égard du délai institutionnel — le délai le plus important dans la présente affaire — était très élevée au pays. Dans une telle affaire, qui était en cours d'instance durant la période transitoire, ce niveau de tolérance élevé à l'égard du délai institutionnel est un des éléments du délai raisonnable nécessaire de la cause (voir *Jordan*, par. 100-101). Ainsi, dans l'arrêt *Jordan*, la Cour a souligné que « compte tenu du niveau de délai institutionnel toléré suivant l'approche qui prévalait antérieurement, un arrêt des procédures sera encore plus difficile à obtenir pour les causes en cours d'instance lorsque le délai est inférieur au plafond » (par. 101).

[113] En ce qui a trait au ressort particulier en cause ici, nous ne disposons pas de suffisamment de

conclusions about how long similar youth cases in Fort McMurray were taking to complete in the pre-*Jordan* era, it is clear from the record that overbooking and systemic delay were endemic. While the various causes of these symptoms may be debated, they undoubtedly include the culture of complacency discussed in *Jordan* and the practical reality that many small centres like Fort McMurray face a caseload that outstrips their operational capacity. While *Jordan* set out to counteract the courtroom malaise and lack of institutional resources that produce patterns of systemic delay like that seen in this case, “[c]hange takes time” (*Jordan*, at para. 102). Change will not happen overnight. In sum, the systemic delays afflicting Fort McMurray — a “local consideratio[n]” under the *Jordan* framework — play a key role in assessing what can reasonably be expected in terms of timeliness.

[114] It is true that the combined institutional and Crown delay in this case — between 9¾ and 10¾ months³ — exceeded the administrative guideline for youth matters proposed in *M. (G.C.)* (five to six months) and was at the high end of or above the more general administrative guideline proposed in *Morin* (eight to ten months). However, administrative guidelines were never intended to be “limitation period[s]” or “fixed ceiling[s]” on delay (*Morin*, at p. 795). Rather, they were intended to be applied flexibly, in the knowledge that they must “yield to other factors” when appropriate (*ibid.*, at p. 797). In

³ This figure includes the following periods of delay:

- June 30, 2015 to September 16, 2015 (the date the parties were ready for trial to the first available trial date) (2½ months of institutional delay);
- September 17, 2015 to March 2, 2016 (the first trial date to the commencement of the *voir dire* necessitated by the Crown’s late decision to seek admission of the appellant’s statement to the police) (5½ months of Crown delay); and
- March 3, 2016 to July 28, 2016 (less 2-3 months of defence delay) (the commencement of the *voir dire* to the continuation date on which it concluded) (1¾ to 2¾ months of institutional delay).

données pour tirer des conclusions générales sur le temps qu’il fallait avant l’arrêt *Jordan* pour régler des dossiers similaires mettant en cause des adolescents à Fort McMurray. Le dossier établit toutefois clairement que la surcharge du rôle et les retards systémiques étaient endémiques. Même si les causes de ces symptômes peuvent faire l’objet d’un débat, elles comprennent assurément la culture de complaisance dont il est question dans l’arrêt *Jordan* et la réalité pratique selon laquelle les tribunaux dans de nombreux petits centres comme Fort McMurray sont confrontés à une charge de travail qui excède leur capacité opérationnelle. Bien que l’arrêt *Jordan* vise à remédier au malaise en salle d’audience et à la pénurie de ressources institutionnelles qui entraînent des délais systémiques comme celui en cause dans la présente affaire, « [i]l faut du temps pour changer les choses » (*Jordan*, par. 102). Le changement ne se fera pas du jour au lendemain. Bref, les délais systémiques à Fort McMurray — une « considératio[n] de nature locale » aux termes de l’arrêt *Jordan* — jouent un rôle important dans l’évaluation de ce à quoi il est raisonnable de s’attendre en termes de rapidité.

[114] Il est vrai que la portion du délai total que représente le délai institutionnel et celui attribuable au ministère public en l’espèce — soit entre neuf mois et trois quarts et dix mois et trois quarts³ — dépassait les lignes directrices administratives proposées dans la décision *M. (G.C.)* pour les affaires mettant en cause des adolescents (soit cinq à six mois) et qu’elle se trouvait à la limite supérieure des lignes directrices administratives plus générales proposées dans l’arrêt *Morin* (soit huit à dix mois), ou qu’elle les dépassait. Cependant, les lignes directrices administratives n’ont jamais été censées être des « période[s]

³ Ce calcul comprend les délais suivants :

- du 30 juin 2015 au 16 septembre 2015 (soit de la date à laquelle les parties étaient prêtes pour le procès à la première date de procès disponible) (délai institutionnel de deux mois et demi);
- du 17 septembre 2015 au 2 mars 2016 (soit de la première date de procès au début du voir-dire découlant de la décision tardive du ministère public de demander l’admission en preuve de la déclaration faite par l’appelant à la police) (délai attribuable au ministère public de cinq mois et demi); et
- du 3 mars 2016 au 28 juillet 2016 (moins une portion de deux à trois mois du délai imputable à la défense) (soit du début du voir-dire à la date de la reprise et de la conclusion de l’audience) (délai institutionnel d’un mois et trois quarts à deux mois et trois quarts).

this case, those “other factors” include: (1) the seriousness of the offences; and (2) the absence of any demonstrated prejudice to the appellant.

[115] The seriousness of the offence played an important role under the pre-*Jordan* framework (see *Cody*, at para. 70). As the seriousness of a matter increases, so too does society’s interest in seeing the matter proceed to trial (see *Morin*, at p. 787). In this case, the charges were undoubtedly serious. Aggravated assault under s. 268 of the *Criminal Code* is an indictable offence that qualifies as a “violent offence” under s. 2(1) of the *YCJA*, and when an adult sentence is sought it carries a maximum punishment of 14 years’ imprisonment (s. 268(2)). Possession of a weapon for a dangerous purpose contrary to s. 88(1) of the *Criminal Code* is also a serious offence. When an adult sentence is sought, it carries a maximum punishment of ten years’ imprisonment when prosecuted by indictment (see s. 88(2)(a)). And the specific incident in question was itself serious: the victim, another young person, suffered “devastating injuries” as a result of the stabbing.

[116] Prejudice was an “important if not determinative factor” under the pre-*Jordan* framework (*Jordan*, at para. 34). In this case, there was no evidence of any actual prejudice to the appellant, and the fact that he was kept in pre-trial detention for only nine days before being released on minimal conditions does not provide a strong basis for inferring prejudice. While some prejudice might be inferred from both the length of the delay itself (see *Morin*, at p. 807) and the appellant’s young age, inferring prejudice can be a fraught exercise (see *Jordan*, at para. 33).

[117] Here, the seriousness of the offences and the absence of any demonstrated prejudice are relevant in that they help to explain why, in this transitional

de prescription » ou des « durée[s] maximale[s] » (*Morin*, p. 796). Elles sont plutôt censées être appliquées de façon souple, compte tenu du fait qu’elles doivent « céde[r] devant d’autres facteurs », le cas échéant (*ibid.*, p. 797). En l’espèce, les « autres facteurs » comprennent : (1) la gravité des infractions; et (2) l’absence de préjudice démontré pour l’appellant.

[115] La gravité de l’infraction jouait un rôle important dans le cadre d’analyse qui s’appliquait avant le prononcé de l’arrêt *Jordan* (voir *Cody*, par. 70). Plus une affaire était grave, plus on estimait que la société avait intérêt à ce qu’elle soit instruite (voir *Morin*, p. 787). En l’espèce, il ne fait pas de doute que les accusations sont graves. L’infraction de voies de fait graves décrite à l’art. 268 du *Code criminel* est un acte criminel visé par la définition d’« infraction avec violence » au par. 2(1) de la *LSJPA* et lorsqu’on demande une peine pour adultes pour la sanctionner, la peine d’emprisonnement maximale applicable est de 14 ans (par. 268(2)). L’infraction de possession d’une arme dans un dessein dangereux décrite au par. 88(1) du *Code criminel* est aussi une infraction grave. Lorsqu’on demande une peine pour adultes pour la sanctionner, la peine d’emprisonnement maximale est de dix ans si l’infraction a été poursuivie par mise en accusation (voir al. 88(2)a)). De plus, l’incident lui-même était grave : la victime, elle-même adolescente, a subi des [TRADUCTION] « blessures très graves » par suite de l’agression au couteau.

[116] Le préjudice était un « facteur important, voire déterminant » du cadre d’analyse appliqué avant l’arrêt *Jordan* (*Jordan*, par. 34). En l’espèce, il n’existait pas de preuve de préjudice réel à l’appellant et le fait qu’il ait passé seulement neuf jours en détention préventive avant sa mise en liberté assortie de conditions minimales ne constitue pas un fondement solide permettant de déduire qu’il y a eu préjudice. Bien qu’on puisse déduire du jeune âge de l’appellant et de la longueur du délai qu’il y a eu un certain préjudice (voir *Morin*, p. 807), l’exercice de déduction peut faire débat (voir *Jordan*, par. 33).

[117] En l’espèce, la gravité des infractions et l’absence de préjudice démontré sont pertinentes en ce qu’elles expliquent pourquoi le ministère public avait

case, the Crown had good reason to believe the delay in this case would not have been found to be unreasonable. Had the law been different — had *Jordan* been decided before this trial commenced — the Crown no doubt would have acted differently and made greater efforts to move the case through the system quickly. But it would be unfair to put today's head on yesterday's shoulders. Just as the standard for defence initiative in a transitional case must be adapted to account for the pre-*Jordan* jurisprudence, so too must the standard for what can reasonably be expected of the Crown in a transitional case.

[118] I would add that the persistent systemic delay discussed above constrained the Crown's ability to move this case through the system in a timely manner (see *Jordan*, at para. 97). In fairness, the Crown cannot be faulted for the systemic constraints which existed at the time and which, post-*Jordan*, require time and resources to remediate.

[119] In the final analysis, this case is close to the line. The delay here was excessive, particularly given the enhanced need for timeliness in youth cases. Had 80 percent of the trial taken place *after Jordan*, rather than *before* it, I would have been inclined to grant a stay. However, taking a contextual approach that is sensitive to the parties' reliance on the prior state of the law, I am not persuaded that the case took *markedly* longer than it reasonably should have.

VI. Conclusion

[120] In the result, I would dismiss the appeal.

The reasons of Abella, Brown and Martin JJ. were delivered by

[121] ABELLA AND BROWN JJ. (dissenting) — Section 11(b) of the *Canadian Charter of Rights*

de bonnes raisons de croire que le délai ne serait pas jugé déraisonnable dans la présente affaire, qui était en cours durant la période transitoire. Si l'état du droit avait été différent — autrement dit, si l'arrêt *Jordan* avait été rendu avant que le procès commence —, le ministère public aurait sans doute agi différemment et fait des efforts plus soutenus pour que l'affaire progresse rapidement. Il serait toutefois injuste de s'attendre à ce que les normes qui s'appliquent aujourd'hui aient été appliquées à l'époque. À l'instar de la norme relative à l'initiative dont a fait preuve la défense, la norme qui s'applique à ce qui peut être raisonnablement attendu du ministère public doit être adaptée dans les cas transitoires pour tenir compte de la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Jordan*.

[118] J'ajouterais que le délai systémique persistant dont il a été question précédemment a entravé la capacité du ministère public de traiter rapidement la présente affaire (voir *Jordan*, par. 97). En toute équité, on ne saurait reprocher au ministère public les contraintes systémiques qui existaient à l'époque et qui, même après l'arrêt *Jordan*, nécessitent du temps et des ressources pour qu'il y soit remédié.

[119] En dernière analyse, la présente affaire est un cas limite. Le délai en l'espèce était excessif, surtout eu égard à la nécessité accrue d'agir rapidement dans les dossiers mettant en cause des adolescents. Si 80 pour cent du procès s'était déroulé *après* l'arrêt *Jordan* plutôt qu'*avant* celui-ci, j'aurais été enclin à prononcer l'arrêt des procédures. Cependant, en adoptant une approche qui tient compte du contexte et en étant sensible au fait que les parties se sont fiées à l'état du droit qui prévalait auparavant, je ne suis pas convaincu que l'instance a été *nettement* plus longue qu'elle aurait dû raisonnablement l'être.

VI. Conclusion

[120] En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Abella, Brown et Martin rendus par

[121] LES JUGES ABELLA ET BROWN (dissidents) — L'alinéa 11b) de la *Charte canadienne des droits et*

and Freedoms guarantees persons charged with an offence the right to be tried within a reasonable time. In *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, this Court established a new framework for determining when an accused's s. 11(b) right has been infringed by establishing ceilings of 30 months (in superior courts) and 18 months (in provincial courts), beyond which trial delay would be presumptively unreasonable. But in *Jordan* the Court did not consider the youth justice system, nor did any of the parties or interveners in that case raise the issue. The question in this appeal is, therefore, whether, in light of the traditional distinctions made between young persons and adults in the criminal justice system, the ceilings set in *Jordan* should be different for youth court proceedings.

[122] In our view, while the principles underlying the *Jordan* framework apply equally to youth court proceedings, their application leads to the inescapable conclusion that there should be a distinct and lower ceiling reflecting the distinct character of young accused and of the recognized distinct prejudice they suffer from delay in the youth justice system.

[123] Doing so gives effect to Parliament's intention in enacting a separate youth criminal justice system, to Canada's international commitments, to the recognition in pre-*Jordan* case law that youth proceedings must be expeditious, and to the considerations that led to setting the presumptive ceilings for adults in *Jordan*.

[124] The youth justice court is a defining feature of the youth criminal justice system — a system that was created, and has always been recognized, as separate and distinct from the adult criminal justice system. Parliament established a separate criminal justice system with enhanced procedural protections

libertés garantit à tout inculpé le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Dans l'arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, la Cour a établi un nouveau cadre d'analyse pour juger dans quels cas il y a eu atteinte à ce droit en fixant des plafonds de 30 mois (pour les affaires instruites devant une cour supérieure) et de 18 mois (pour les affaires instruites devant une cour provinciale). Au-delà de ces plafonds, la durée de l'instance est présumée déraisonnable. Cependant, dans l'arrêt *Jordan*, la Cour n'a pas examiné le système de justice pour les adolescents, et aucun des intervenants ni aucune des parties n'a soulevé la question. En conséquence, nous sommes appelés à décider en l'espèce si les plafonds fixés dans l'arrêt *Jordan* devraient être différents pour les affaires portées devant les tribunaux pour adolescents, eu égard aux distinctions habituelles établies entre les adolescents et les adultes dans le système de justice pénale.

[122] À notre avis, même si les principes qui sous-tendent le cadre énoncé dans l'arrêt *Jordan* s'appliquent tout autant aux affaires portées devant les tribunaux pour adolescents, leur application mène inévitablement à la conclusion qu'il y a lieu de fixer pour elles un plafond plus bas afin de tenir compte du caractère distinct des inculpés adolescents et du préjudice additionnel reconnu qu'ils subissent en raison des délais qui s'écoulent dans le système de justice pour les adolescents.

[123] La fixation d'un plafond plus bas pour les adolescents permet de donner effet à l'intention qu'avait le législateur en adoptant un système de justice pénale distinct pour les adolescents, de respecter les engagements internationaux du Canada, de tenir compte de la nécessité, reconnue dans la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Jordan*, d'assurer la célérité des procédures mettant en cause des adolescents, et de tenir compte des facteurs qui ont mené à l'établissement des plafonds présumés à l'égard des adultes dans l'arrêt *Jordan*.

[124] Le système de justice pénale pour les adolescents se caractérise notamment par ses tribunaux pour adolescents. Dès sa création, ce système se voulait distinct de celui pour les adultes et il a toujours été reconnu comme tel. Le législateur fédéral a créé un système de justice pénale distinct assorti de protections

for young persons because of the unique nature of their interactions with the criminal justice system. This long-standing separation between the adult and youth criminal justice systems drives our analysis. As we shall explain, cramming youth criminal justice proceedings into *Jordan* simultaneously changes how the system treats young persons, and changes *Jordan* itself. To provide meaningful protection under s. 11(b) of the *Charter*, to preserve the integrity of *Jordan* itself, and to maintain consistency with this Court's jurisprudence, the *Jordan* framework should be applied in a manner that respects the distinction Parliament has drawn between the adult and youth criminal justice systems.

The Principles Underlying the Framework in *Jordan*

[125] In *Jordan*, and then again in *R. v. Cody*, 2017 SCC 31, [2017] 1 S.C.R. 659, this Court identified a “culture of complacency within the [criminal justice] system towards delay” fostered by “doctrinal and practical difficulties plaguing the current analytical framework governing s. 11(b)” of the *Charter* (*Jordan*, at para. 4). The prior framework for assessing s. 11(b) claims, set out in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, was unpredictable and complex. As this Court explained in *Jordan*, the result was that “everyone suffers . . . [a]ccused persons remain in a state of uncertainty . . . [v]ictims and their families . . . cannot move forward with their lives . . . [a]nd the public, whose interest is served by promptly bringing those charged with criminal offences to trial, is justifiably frustrated by watching years pass before a trial occurs” (para. 2).

[126] What was needed, the Court held, was “[e]nhanced clarity and predictability [that] befits a *Charter* right of such fundamental importance to our criminal justice system” (para. 108).

procédurales supplémentaires pour les adolescents en raison du caractère unique de leurs interactions avec le système de justice pénale. Ce clivage qui existe depuis longtemps entre le système de justice pénale pour les adolescents et celui pour les adultes est le fil conducteur de notre analyse. Ainsi que nous l'expliquerons plus loin, intégrer les poursuites pénales intentées contre les adolescents au cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Jordan* touche non seulement la façon dont le système traite les adolescents, mais également la portée de cet arrêt. Afin de garantir l'efficacité de la protection prévue à l'al. 11b) de la *Charte* et de préserver l'intégrité des principes établis dans l'arrêt *Jordan* lui-même, mais aussi par souci de conformité à la jurisprudence de la Cour, il est impératif d'appliquer le cadre d'analyse de l'arrêt *Jordan* d'une manière qui respecte la distinction que le législateur a établie entre le système de justice pénale pour les adultes et celui pour les adolescents.

Les principes sous-jacents au cadre d'analyse de l'arrêt *Jordan*

[125] Dans l'arrêt *Jordan*, et à nouveau dans l'arrêt *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659, la Cour a constaté qu'il existait « au sein du système [de justice criminelle] une culture de complaisance vis-à-vis des délais », favorisée par « les difficultés sur les plans théorique et pratique qui pèsent sur le test actuel applicable aux demandes fondées sur l'al. 11b) » de la *Charte* (*Jordan*, par. 4). Le cadre d'analyse utilisé précédemment pour évaluer ce type de demandes, qui avait été énoncé dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, était imprévisible et complexe. En conséquence, comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Jordan*, « tout le monde en pâti[ssait] [. . .] [l]es inculpés demeur[ai]ent dans l'incertitude [. . .] [l]es victimes et leurs familles [. . .] ne [pouvaient] tourner la page [et le] public [. . .], dont l'intérêt est servi lorsque les inculpés sont traduits rapidement en justice, [était] frustré avec raison de voir des années passer avant la tenue d'un procès » (par. 2).

[126] Il fallait donc, de l'avis de la Cour, « [u]ne clarté et une prévisibilité accrues cadr[a]nt bien avec un droit protégé par la *Charte* qui revêt une telle importance pour notre système de justice criminelle » (par. 108).

[127] Consequently, the Court decided on “[a] change of direction” (para. 5) — a new framework for s. 11(b) based upon presumptive ceilings representing the maximum amount of time it should take to bring an accused person to trial: 18 months for cases going to trial in the provincial court, and 30 months for cases going to trial in a superior court. These ceilings, the Court explained, signify the point at which the burden shifts under s. 11(b) from the defence (to prove that the delay is unreasonable) to the Crown (to justify the length of time the case has taken). While the ceilings were intended to “enhance analytical simplicity and foster constructive incentives”, they were also meant to allow for flexibility in considering “compelling case-specific factors” to determine the reasonableness of delay above and below the ceiling (*Jordan*, at para. 51).

[128] Four rationales were offered in *Jordan* for setting presumptive ceilings. First, presumptive ceilings are “required in order to give meaningful direction to the state on its constitutional obligations and to those who play an important role in ensuring that the trial concludes within a reasonable time”, such as court administration, the police, Crown prosecutors, accused, defence counsel, and judges (emphasis added). Secondly, presumptive ceilings provide assurance that s. 11(b) is not “a hollow promise”. Thirdly, ceilings “encourage conduct and the allocation of resources that promote timely trials”. Finally, ceilings provide a degree of certainty, as they allow participants in the criminal justice system to know in advance “the bounds of reasonableness so proactive measures can be taken to remedy any delay”.

[129] At stake in this appeal is simply this: how should the benefits sought to be achieved by setting presumptive ceilings be applied to young persons,

[127] En conséquence, la Cour a proposé un « changement d’orientation » (par. 5), soit un nouveau cadre d’analyse pour les demandes fondées sur l’al. 11b), reposant sur des plafonds présumés qui représentent le délai maximal qui devrait s’écouler avant la fin du procès. La Cour a fixé ces plafonds à 18 mois pour les affaires instruites devant une cour provinciale, et à 30 mois pour celles instruites devant une cour supérieure. Selon les explications données par la Cour, ces plafonds situent le moment à partir duquel le fardeau qui incombe à la défense aux termes de l’al. 11b) (de prouver que le délai a été déraisonnable) passe au ministère public (qui doit alors justifier le temps qu’il a fallu pour instruire l’affaire). Si les plafonds devaient « accro[ître] la simplicité de l’analyse et favorise[r] les mesures incitatives constructives », ils devaient également donner une certaine souplesse à l’évaluation des « facteurs déterminants et propres à l’affaire » pour apprécier le caractère raisonnable tant du délai supérieur au plafond que de celui inférieur à ce dernier (*Jordan*, par. 51).

[128] Dans l’arrêt *Jordan*, quatre raisons ont été invoquées pour justifier l’établissement des plafonds présumés. Premièrement, ces plafonds sont « nécessaires » pour donner des directives valables à l’État sur ses obligations constitutionnelles ainsi qu’aux personnes qui jouent un rôle important pour garantir que le procès se conclut dans un délai raisonnable » tels les fonctionnaires responsables de l’administration des tribunaux, les policiers, les avocats du ministère public, les inculpés et leurs avocats, de même que les juges (italiques ajoutés). Deuxièmement, les plafonds présumés donnent une certaine assurance que l’al. 11b) n’est pas « une promesse creuse ». Troisièmement, les plafonds sont conçus « pour encourager une conduite et une répartition des ressources qui mèneront à la tenue de procès en temps utile ». Enfin, les plafonds offrent un certain degré de certitude, car ils permettent aux participants du système de justice criminelle de connaître à l’avance « les limites du délai raisonnable et [. . .] [de] prendre des mesures proactives pour remédier aux délais ».

[129] La question à trancher en l’espèce est simplement celle de savoir comment appliquer aux adolescents les avantages recherchés par l’établissement

given the separate criminal justice system created by Parliament, and the increased prejudicial impact of delay on young persons that has been long recognized by Parliament and in this Court's jurisprudence?

[130] In our view, the rationales set out in *Jordan* for setting presumptive ceilings for the adult criminal justice system are equally relevant to youth proceedings, but the separation between the adult and youth criminal justice systems *must* inform how those rationales apply to youth proceedings. We therefore find that s. 11(b) of the *Charter* requires a distinct presumptive ceiling for proceedings brought under the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 ("YCJA"), reflecting the separate justice system created by Parliament based on the unique considerations applicable to young persons. Just as this Court in *Jordan* determined the appropriate ceilings for adult proceedings, therefore, a separate analysis is required for youth justice proceedings. That analysis leads to a presumptive ceiling of 15 months for youth proceedings in the provincial court.

[131] Since the delay of almost 19 months in this current appeal exceeds the 15-month ceiling, and since the Crown has not satisfied us that the transitional exception applies to justify the delay, it is unreasonable. We would, therefore, allow the appeal and enter a stay of proceedings.

The Separate Youth Criminal Justice System

[132] Over a century ago, Parliament created a separate youth criminal justice system in the *Juvenile Delinquents Act, 1908*, S.C. 1908, c. 40. Distinct treatment for young persons accused of criminal

de plafonds présumés, compte tenu du système de justice pénale distinct que le législateur a créé pour eux et du préjudice additionnel qu'ils subissent du fait des longs délais, préjudice reconnu depuis longtemps tant par le législateur que par la jurisprudence de la Cour.

[130] À notre avis, les raisons invoquées dans l'arrêt *Jordan* pour justifier l'établissement de plafonds présumés pour le système de justice pénale pour les adultes sont tout aussi pertinentes dans le cas des poursuites intentées contre les adolescents. Le clivage entre le système de justice pénale pour les adultes et celui pour les adolescents *doit* toutefois guider la façon d'appliquer ces raisons aux affaires portées devant les tribunaux pour adolescents. Nous concluons donc que l'al. 11b) de la *Charte* exige l'établissement d'un plafond présumé distinct pour les poursuites intentées sous le régime de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1 (« LSJPA »), de manière à tenir compte du système de justice distinct créé par le législateur du fait des facteurs uniques applicables aux adolescents. En conséquence, tout comme la Cour a établi dans l'arrêt *Jordan* les plafonds qui conviennent aux poursuites intentées contre les adultes, une analyse distincte s'impose pour les instances qui se déroulent dans le système de justice pour les adolescents. Cette analyse mène à l'établissement d'un plafond présumé de 15 mois pour les poursuites intentées contre les adolescents devant une cour provinciale.

[131] Comme la période de près de 19 mois qui s'est écoulée en l'espèce dépasse le plafond de 15 mois et comme le ministère public ne nous a pas convaincus que l'exception transitoire s'applique de façon à justifier le délai, celui-ci est déraisonnable. En conséquence, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un arrêt des procédures.

Le système distinct de justice pénale pour les adolescents

[132] Il y a plus d'un siècle, le législateur a créé un système de justice pénale distinct pour les adolescents en adoptant la *Loi des jeunes délinquants, 1908*, S.C. 1908, c. 40. Le traitement distinct des

offences continued in the *Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1 (“*YOA*”), and again when the *YCJA* was enacted in 2002. Significantly, s. 3(1)(b) of the *YCJA* requires that “the criminal justice system for young persons must be *separate* from that of adults”. To give effect to this separation, s. 13 of the *YCJA* provides that criminal proceedings against young persons be heard by the youth justice court. While the youth justice court is a distinct institution from the provincial and superior courts, the *YCJA* deems the superior court to be a youth justice court for certain proceedings (s. 13(2) and (3)) while provincial legislation designates provincial courts as youth justice courts (see for example: *Provincial Court Act*, R.S.A. 2000, c. P-31, ss. 11-12; *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1996, c. 379, s. 2(5); *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 38(3)).

[133] This Court’s decisions interpreting and applying the *YCJA* elucidate the rationales underlying Parliament’s decision to enact a separate system for young persons. In holding that a young person cannot be tried jointly with an adult in *R. v. S.J.L.*, 2009 SCC 14, [2009] 1 S.C.R. 426, the Court described the separation between the adult and youth criminal justice systems as one of the “governing principle[s] of the *YCJA*” (para. 56). The Court explained the “reasons for the creation, more than 100 years ago now, of a justice system dedicated to young persons” (para. 62) in the following terms:

Since the enactment of the *Juvenile Delinquents Act* in 1908 (S.C. 1908, c. 40 . . .), young persons have, unless they were transferred to adult court, benefited from a separate criminal justice system that has its own principles. *The creation of this system was based on recognition of the presumption of diminished moral blameworthiness of young persons and on their heightened vulnerability in dealing with the justice system* (*D.B.*, at paras. 41 [and] 127; *R. v. L.T.H.*, 2008 SCC 49, [2008] 2 S.C.R. 739, at paras. 3 and 93; *R. v. R.C.*, 2005 SCC 61, [2005] 3 S.C.R. 99, at para. 41; *R. v. Z. (D.A.)*, [1992] 2 S.C.R. 1025; P. J. Harris and M. H. Bloomenfeld, *Youth Criminal Justice*

adolescents accusés d’avoir commis des infractions criminelles s’est poursuivi avec la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, c. Y-1 (« *LJC* »), puis avec la *LSJPA* adoptée en 2002. Fait important à souligner, suivant l’al. 3(1)(b) de la *LSJPA*, « le système de justice pénale pour les adolescents doit être *distinct* de celui pour les adultes ». Afin de donner effet à cette distinction, l’art. 13 de cette même loi prévoit que les procédures criminelles intentées contre les adolescents sont instruites par un tribunal pour adolescents. Bien que ce tribunal soit une institution distincte des cours provinciales et supérieures, la *LSJPA* assimile la cour supérieure à un tribunal pour adolescents pour certaines procédures (par. 13(2) et (3)), tandis que les cours provinciales sont désignées à titre de tribunaux pour adolescents par certaines lois provinciales (voir, par exemple : *Provincial Court Act*, R.S.A. 2000, c. P-31, art. 11-12; *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1996, c. 379, par. 2(5); *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43, par. 38(3)).

[133] Dans ses décisions portant sur l’interprétation et l’application de la *LSJPA*, la Cour a expliqué les raisons qui ont incité le législateur à adopter un système distinct pour les adolescents. Dans l’arrêt *R. c. S.J.L.*, 2009 CSC 14, [2009] 1 R.C.S. 426, la Cour a conclu qu’un adolescent ne pouvait subir son procès conjointement avec un adulte et décrit la séparation entre le système de justice pénale pour les adultes et celui pour les adolescents comme un des « principe[s] directeur[s] de la *LSJPA* » (par. 56). Elle a ensuite expliqué en ces termes les « fondements de la création, il y a plus de cent ans maintenant, d’un système de justice propre aux adolescents » (par. 62) :

Depuis l’adoption de la *Loi concernant les jeunes délinquants* en 1908 (S.C. 1908, ch. 40 [. . .]), les adolescents ont, sous réserve de l’exercice de la procédure de renvoi, joui d’un système de justice pénale distinct, animé par ses propres principes. *La création d’un tel système est fondée sur la reconnaissance de la présomption de culpabilité morale moindre des adolescents et de leur plus grande vulnérabilité face au système judiciaire* (*D.B.*, par. 41 et 127; *R. c. L.T.H.*, 2008 CSC 49, [2008] 2 R.C.S. 739, par. 3 et 93; *R. c. R.C.*, 2005 CSC 61, [2005] 3 R.C.S. 99, par. 41; *R. c. Z. (D.A.)*, [1992] 2 R.C.S. 1025; P. J. Harris et M. H. Bloomenfeld, *Youth Criminal Justice Act*

Act Manual (2003), vol. 2, Part Ten: Adult Sentence Hearing Cases, at p. 10-6.1; “Historically, transfer was predicated on the existence of a justice system for youth that was wholly separate and distinct from that applicable to adults”: P. Platt, *Young Offenders Law in Canada* (2nd ed. 1995), at p. 235). [Emphasis added; para. 64.]

[134] The connection between the separate youth criminal justice system and young persons’ diminished moral blameworthiness and culpability was central to the Court’s holding in *S.J.L.* for good reason. One year prior to the release of *S.J.L.*, this Court affirmed in *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3, that the presumption of young persons’ diminished moral blameworthiness is a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* (see, e.g., B. Jones, E. Rhodes and M. Birdsell, *Prosecuting and Defending Youth Criminal Justice Cases: A Practitioner’s Handbook*, in B. H. Greenspan and V. Rondinelli, eds., *Criminal Law Series* (2016), at p. 8).

[135] In 2012, Parliament amended s. 3(1)(b) of the *YCJA* to codify the jurisprudence and emphasize that the separate youth criminal justice system “must be based on the principle of diminished moral blameworthiness or culpability”.

[136] By creating in the *YCJA* a separate youth criminal justice system with its own procedures, Parliament sought to achieve two fundamental objectives:

- To provide young persons with enhanced procedural protections throughout the criminal process in recognition of their youth; and
- To create less formal and more expeditious proceedings.

(See S. Davis-Barron, *Canadian Youth & the Criminal Law: One Hundred Years of Youth Justice Legislation in Canada* (2009), at p. 179.)

[137] The necessity of providing enhanced procedural protections for young persons can also be traced to Canada’s international commitments. The Preamble to the *YCJA* makes explicit reference to

Manual (2003), vol. 2, Part Ten : Adult Sentence Hearing Cases, p. 10-6.1; [TRADUCTION] « Historiquement, le transfert supposait l’existence d’un système de justice pour les adolescents qui était entièrement distinct du système applicable aux adultes » : P. Platt, *Young Offenders Law in Canada* (2^e éd. 1995), p. 235). [Italiques ajoutés; par. 64.]

[134] La décision rendue par la Cour dans l’affaire *S.J.L.* était fondée principalement — et à juste titre — sur le lien entre la création d’un système de justice pénale distinct pour les adolescents et la présomption de leur culpabilité morale moindre. Un an avant le prononcé de l’arrêt *S.J.L.*, la Cour a affirmé, dans l’arrêt *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3, que la présomption de culpabilité morale moindre chez les adolescents était un principe de justice fondamentale protégé par l’art. 7 de la *Charte* (voir, p. ex., B. Jones, E. Rhodes et M. Birdsell, *Prosecuting and Defending Youth Criminal Justice Cases : A Practitioner’s Handbook*, dans B. H. Greenspan et V. Rondinelli, dir., *Criminal Law Series* (2016), p. 8).

[135] En 2012, le législateur a modifié l’al. 3(1)b) de la *LSJPA* afin de codifier la jurisprudence et de réaffirmer que le système distinct de justice pénale pour les adolescents « doit [. . .] être fondé sur le principe de culpabilité morale moins élevée ».

[136] En créant dans la *LSJPA* un système distinct de justice pénale pour les adolescents doté de ses propres procédures, le législateur poursuivait deux objectifs fondamentaux :

- offrir aux adolescents des protections procédurales supplémentaires tout au long du processus pénal, compte tenu de leur jeune âge; et
- créer des procédures moins formelles et plus rapides.

(Voir S. Davis-Barron, *Canadian Youth & the Criminal Law : One Hundred Years of Youth Justice Legislation in Canada* (2009), p. 179.)

[137] La nécessité d’offrir des protections procédurales supplémentaires aux adolescents est également reconnue dans les engagements internationaux du Canada. Le préambule de la *LSJPA* renvoie

the United Nations *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3 (adopted by the United Nations General Assembly, November 20, 1989, ratified by Canada on December 13, 1991):

WHEREAS Canada is a party to the United Nations Convention on the Rights of the Child and recognizes that young persons have rights and freedoms, including those stated in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Canadian Bill of Rights*, and have special guarantees of their rights and freedoms;

[138] The *Convention* recognizes that “the child, by reason of his physical and mental immaturity, needs special safeguards and care, including appropriate legal protection” (preamble). The *Convention* articulates some of the enhanced procedural protections that should inure to the benefit of young persons charged with criminal offences. Paragraph 1 of Article 40 sets out the overarching principle that young persons must be treated in a manner consistent with the promotion of the young person’s sense of dignity and worth, cognizant of the young person’s age. Paragraph 2(b) of Article 40 sets out specific procedural guarantees to which young persons are entitled, including: the presumption of innocence; the right to be promptly and directly informed of any charges against them; the right not to be compelled to give testimony or confess guilt; the right to have the matter determined without delay by a competent, independent and impartial authority; and the right to appellate review.

[139] The *Convention* is not the sole international guideline affirming the need for enhanced procedural protections in youth criminal justice systems. The *Convention*, in its preamble, builds upon the foundation established in the *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile*

explicitement à la convention des Nations Unies intitulée *Convention relative aux droits de l’enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3 (adoptée par l’Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989 et ratifiée par le Canada le 13 décembre 1991) :

Attendu :

...

que le Canada est partie à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l’enfant et que les adolescents ont des droits et libertés, en particulier ceux qui sont énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Déclaration canadienne des droits*, et qu’ils bénéficient en conséquence de mesures spéciales de protection à cet égard;

[138] La *Convention* reconnaît dans son préambule que « l’enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d’une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d’une protection juridique appropriée ». Elle énonce également quelques-unes des protections procédurales supplémentaires dont devraient bénéficier les adolescents accusés d’avoir commis une infraction criminelle. Le paragraphe 40(1) énonce le principe général selon lequel les adolescents ont droit à un traitement de nature à favoriser leur sens de la dignité et de leur valeur personnelle et qui tient compte de leur âge. Par ailleurs, l’al. 40(2)b) précise les garanties procédurales auxquelles les adolescents ont droit, y compris la présomption d’innocence, le droit d’être informés avec diligence et directement des accusations portées contre eux, le droit de ne pas être contraints de témoigner ou de s’avouer coupables, celui que leur cause soit entendue sans retard par une autorité ou une instance judiciaire compétente, indépendante et impartiale, et le droit de faire appel d’une décision rendue contre eux.

[139] La *Convention* n’est pas le seul instrument international qui affirme la nécessité de protections procédurales supplémentaires dans les systèmes de justice pénale pour les adolescents. Comme l’énonce son préambule, elle repose sur les fondements établis dans l’*Ensemble de règles minima des Nations*

Justice, G.A. Res. 40/33 (November 29, 1985) (“Beijing Rules”). The Beijing Rules call for similar procedural protections for young persons in “juvenile justice systems” in United Nations member states, including Canada.

[140] The *YCJA* was enacted against this international backdrop. Section 3 of the *YCJA* (“Declaration of Principle: Policy for Canada with respect to young persons”) echoes the international instruments referred to above. Section 3(1)(b) enshrines enhanced procedural protections for young persons as one of the core principles of the *YCJA*:

3 (1) The following principles apply in this Act:

...

(b) the criminal justice system for young persons must be separate from that of adults, must be based on the principle of diminished moral blameworthiness or culpability and must emphasize the following:

- (i) rehabilitation and reintegration,
- (ii) fair and proportionate accountability that is consistent with the greater dependency of young persons and their reduced level of maturity,
- (iii) enhanced procedural protection to ensure that young persons are treated fairly and that their rights, including their right to privacy, are protected,
- (iv) timely intervention that reinforces the link between the offending behaviour and its consequences, and
- (v) the promptness and speed with which persons responsible for enforcing this Act must act, given young persons’ perception of time;

[141] This Court has repeatedly recognized the relevance of these international instruments in interpreting the scope of the *YCJA* and the enhanced

Unies concernant l’administration de la justice pour mineurs, A.G. Rés. 40/33 (29 novembre 1985) (« Règles de Beijing »). Ces règles exigent l’adoption de mesures de protection procédurales similaires pour les adolescents jugés dans les « systèmes de justice pour mineurs » des États membres des Nations Unies, y compris le Canada.

[140] La *LSJPA* s’inspire de ces instruments internationaux. Son article 3 (« Déclaration de principes : Politique canadienne à l’égard des adolescents ») fait écho aux principes des instruments internationaux mentionnés précédemment. L’alinéa 3(1)b consacre la prise de protections procédurales supplémentaires pour les adolescents comme l’un des principes centraux de la *LSJPA* :

3 (1) Les principes suivants s’appliquent à la présente loi :

...

b) le système de justice pénale pour les adolescents doit être distinct de celui pour les adultes, être fondé sur le principe de culpabilité morale moins élevée et mettre l’accent sur :

- (i) leur réadaptation et leur réinsertion sociale,
- (ii) une responsabilité juste et proportionnelle, compatible avec leur état de dépendance et leur degré de maturité,
- (iii) la prise de mesures procédurales supplémentaires pour leur assurer un traitement équitable et la protection de leurs droits, notamment en ce qui touche leur vie privée,
- (iv) la prise de mesures opportunes qui établissent clairement le lien entre le comportement délictueux et ses conséquences,
- (v) la diligence et la célérité avec lesquelles doivent intervenir les personnes chargées de l’application de la présente loi, compte tenu du sens qu’a le temps dans la vie des adolescents;

[141] La Cour a reconnu à maintes reprises la pertinence de ces instruments internationaux pour interpréter la portée de la *LSJPA* et les protections

protections for young persons charged with criminal offences. In *R. v. R.C.*, 2005 SCC 61, [2005] 3 S.C.R. 99, Fish J. noted that “[i]n keeping with its international obligations, Parliament has sought . . . to extend to young offenders enhanced procedural protections” (para. 41), citing the *Convention*. In *D.B.*, Abella J. referred to both the Beijing Rules and s. 3(1)(b)(iii) of the *YCJA* in holding that the Crown always bears the onus of establishing that a publication ban on a young person’s identity should be lifted (paras. 84-87).

[142] As Fish J. also noted in *R. v. L.T.H.*, 2008 SCC 49, [2008] 2 S.C.R. 739, “Parliament has considered it right and necessary to afford young persons rights and procedural safeguards which they alone enjoy” (para. 46). Such enhanced procedural rights in the *YCJA* include: extrajudicial measures (ss. 4 to 12); notice to parents (s. 26); the possibility of compelling parents to attend court (s. 27); an enhanced right to counsel (ss. 10(2)(d), 25 and 32); specific obligations for youth justice court judges to ensure that young persons are treated fairly (s. 32); reducing the possibility of bail (s. 29); creating the option of releasing young persons who would otherwise be denied bail (s. 31); *de novo* bail reviews (s. 33); the right of young persons to be separated from adults in temporary detention (s. 30); enhanced procedural safeguards surrounding the admissibility of statements made by young persons to authorities (s. 146); and a distinct sentencing regime (ss. 38 to 82).

[143] In short, a long trail of parliamentary direction, international obligations and jurisprudence recognizes the need for a separate and distinct regime for trying young persons charged with criminal offences. Given the heightened vulnerability of young persons in the justice system and their diminished moral blameworthiness, enhanced — and robust

procédurales supplémentaires accordées aux inculpés adolescents. Citant la *Convention*, le juge Fish a souligné dans l’arrêt *R. c. R.C.*, 2005 CSC 61, [2005] 3 R.C.S. 99, que « [le législateur] a cherché également, pour se conformer à ses obligations internationales, à accorder une protection procédurale accrue aux jeunes contrevenants » (par. 41). Dans l’arrêt *D.B.*, la juge Abella a cité tant les Règles de Beijing que le sous-al. 3(1)(b)(iii) de la *LSJPA* pour conclure qu’il incombait dans tous les cas au ministère public de justifier la levée de l’interdiction de publication de l’identité d’un adolescent (par. 84-87).

[142] Ainsi que l’a également fait remarquer le juge Fish dans l’arrêt *R. c. L.T.H.*, 2008 CSC 49, [2008] 2 R.C.S. 739, le « Parlement a cru juste et nécessaire d’accorder aux adolescents des droits et des garanties procédurales dont ils sont les seuls à bénéficier » (par. 46). Parmi les droits procédurales supplémentaires conférés par la *LSJPA*, mentionnons le recours à des mesures extrajudiciaires (art. 4-12); l’avis aux père et mère (art. 26); la possibilité d’exiger la présence des père et mère devant le tribunal (art. 27); un droit amélioré à l’assistance d’un avocat (al. 10(2)d) et art. 25 et 32); des obligations spécifiques que les juges du tribunal pour adolescents doivent respecter pour s’assurer que ceux-ci sont traités de manière équitable (art. 32); une réduction de la possibilité d’ordonner la détention sous garde (art. 29); la possibilité de mettre en liberté des adolescents qui seraient autrement placés sous garde (art. 31); la révision *de novo* de l’ordonnance relative à la mise en liberté sous caution (art. 33); le droit d’être détenu séparément des adultes dans le cadre d’une détention temporaire (art. 30); des mesures procédurales supplémentaires à l’égard de l’admissibilité des déclarations faites par les adolescents aux personnes en autorité (art. 146); et un régime distinct de détermination de la peine (art. 38-82).

[143] Bref, la nécessité d’appliquer un régime distinct pour juger les inculpés adolescents accusés d’infractions criminelles est reconnue dans une panoplie de directives légales, d’obligations internationales et de décisions judiciaires. En raison de la plus grande vulnérabilité des adolescents ayant des démêlés avec la justice et de leur culpabilité morale

— procedural protections have been built into this separate system.

The Need for Timeliness in Proceedings Under the YCJA

[144] One aspect of these enhanced procedural protections — and the critical one for the purposes of this appeal — is the general recognition that proceedings under the *YCJA* must proceed more expeditiously than proceedings against adults. Sections 3(1)(b)(iv) and 3(1)(b)(v) codify expediency and promptness as governing principles of the *YCJA*. These provisions are in keeping with both the *Convention* and the Beijing Rules. Article 40(2)(b)(iii) of the *Convention* guarantees the right of young persons to have their criminal proceedings determined without delay, while Rule 20.1 of the Beijing Rules states that “[e]ach case shall from the outset be handled expeditiously, without any unnecessary delay”.

[145] In order to fully understand the longstanding recognition of the need for the timely resolution of youth criminal justice matters, however, it is necessary to turn the clock back to pre-*YCJA* jurisprudence, which, even then, emphasized the importance of expeditious proceedings.

[146] In *R. v. M. (G.C.)* (1991), 3 O.R. (3d) 223 (C.A.), Osborne J.A. stressed the need to conclude youth court proceedings without unreasonable delay, observing the close connection between the reasonableness of delay and the youth justice court:

... it seems to me that, *as a general proposition, youth court proceedings should proceed to a conclusion more quickly than those in the adult criminal justice system.* Delay, which may be reasonable in the adult criminal justice system, may not be reasonable in the youth court. There are sound reasons for this. They include the well established fact that the ability of a young person to appreciate the connection between behaviour and its consequences is less developed than an adult’s. For young

moindre par rapport aux adultes, des protections procédurales supplémentaires — et solides — ont été intégrées dans ce système distinct.

La nécessité de traiter rapidement les poursuites intentées sous le régime de la LSJPA

[144] Un des aspects de ces protections procédurales supplémentaires — et celui qui nous intéresse en l’espèce — réside dans la reconnaissance générale de la nécessité de veiller à ce que les poursuites intentées sous le régime de la *LSJPA* se déroulent plus rapidement que celles intentées contre les adultes. Les sous-alinéas 3(1)(b)(iv) et 3(1)(b)(v) codifient la célérité et la diligence comme principes directeurs de la *LSJPA*. Ces dispositions sont conformes tant à la *Convention* qu’aux Règles de Beijing. Le sous-alinéa 40(2)(b)(iii) de la *Convention* garantit aux adolescents le droit d’exiger que leur cause soit entendue sans retard, tandis que la règle 20.1 des Règles de Beijing énonce que « [t]oute affaire doit, dès le début, être traitée rapidement, sans retard évitable ».

[145] Cela dit, pour bien comprendre la nécessité reconnue depuis fort longtemps de régler rapidement les affaires relevant du système de justice pénale pour les adolescents, il est impératif de revenir à la jurisprudence antérieure à la *LSJPA*, dans laquelle les tribunaux ont insisté, même à cette époque, sur l’importance d’assurer le déroulement rapide des procédures.

[146] Dans l’arrêt *R. c. M. (G.C.)* (1991), 3 O.R. (3d) 223 (C.A.), le juge Osborne a rappelé la nécessité de conclure sans délai abusif les instances portées devant le tribunal pour adolescents, soulignant le lien étroit entre le caractère raisonnable du délai et ce tribunal :

[TRADUCTION] ... il me semble que, *en général, les poursuites intentées devant les tribunaux pour adolescents devraient être menées à terme plus rapidement que celles portées devant les tribunaux pour adultes.* Le délai qui peut être raisonnable dans le système de justice pénale pour les adultes ne le sera pas forcément pour les affaires dont est saisi le tribunal pour adolescents. Cela s’explique par plusieurs raisons valables, notamment par le fait, bien connu, que l’adolescent est moins en mesure que l’adulte

persons, the effect of time may be distorted. If treatment is required and is to be made part of the *Young Offenders Act* disposition process, it is best begun with as little delay as is possible. [Emphasis added; p. 230.]

Notably, Osborne J.A. did not treat delay in the youth criminal justice context as “a special constitutional guarantee” (p. 230) for young persons. Rather, he found that what is reasonable delay in the adult criminal justice system may not be reasonable for young persons. While the s. 11(b) “constitutional right remains constant[, i]t differs in its application to young persons because there is a particular element of prejudice which may result if the trial of a young person is unduly delayed” (p. 231).

[147] Similarly, in *R. v. D. (S.)*, [1992] 2 S.C.R. 161, at p. 162, and *R. v. J. (M.A.)*, [1992] 2 S.C.R. 166, at p. 167, this Court recognized the “societal interest” in proceeding expeditiously with charges against young persons. Sopinka J. concluded that, in the s. 11(b) context, “account [should] be taken of the fact that charges against young offenders be proceeded with promptly”.

[148] The pre-*YCJA* jurisprudence demonstrates that while the *YCJA* added additional procedural protections to youth court proceedings, the need for timely resolution of youth proceedings *predated* the *YCJA*. With the enactment of s. 3(1)(b) of the *YCJA* in 2002, which states that “the criminal justice system for young persons must . . . emphasize . . . *timely intervention* that reinforces the link between the offending behaviour and its consequences, and . . . *the promptness and speed* with which persons responsible for enforcing this Act must act, given young persons’ perception of time”, Parliament was merely codifying the pre-*YCJA* jurisprudence. As the Court of Appeal for Ontario noted in *R. v. R. (T.)* (2005), 75 O.R. (3d) 645, the *YCJA* crystalized the prior state of the common law, and in particular, *M. (G.C.)*,

de comprendre le lien entre un comportement et ses conséquences. Dans le cas des adolescents, on constate parfois un phénomène de distorsion temporelle. Si une thérapie est nécessaire et doit faire partie de la panoplie de mesures permises par la *Loi sur les jeunes contrevenants*, il est préférable que cette thérapie commence dans les meilleurs délais. [Italiques ajoutés; p. 230.]

Fait à signaler, le juge Osborne n’a pas considéré le délai dans le contexte du système de justice pénale pour les adolescents comme une « garantie constitutionnelle spéciale » (p. 230) réservée aux adolescents. Il a plutôt conclu qu’un délai qui est raisonnable dans le système de justice pénale pour les adultes ne le serait peut-être pas si c’est d’un adolescent qu’il s’agit. Bien que le « droit constitutionnel [garanti par l’al. 11b)] reste le même[, i]l s’applique différemment aux adolescents, en raison du préjudice particulier pouvant leur être causé lorsque leur procès est indûment retardé » (p. 231).

[147] Dans le même ordre d’idées, dans les arrêts *R. c. D. (S.)*, [1992] 2 R.C.S. 161, p. 162, et *R. c. J. (M.A.)*, [1992] 2 R.C.S. 166, p. 167, la Cour a reconnu l’« intérêt qu’a la société » à ce que les procédures intentées contre les jeunes contrevenants se déroulent rapidement. Le juge Sopinka a conclu que, dans le contexte de l’al. 11b), il est nécessaire « que l’on prenne en considération le fait que les accusations portées contre des jeunes contrevenants doivent être instruites promptement ».

[148] Il ressort de la jurisprudence antérieure à la *LSJPA* que, même si le législateur a ajouté dans cette loi de nouvelles protections procédurales applicables dans le contexte des poursuites intentées devant les tribunaux pour adolescents, la nécessité de régler rapidement ces affaires a été reconnue *avant* l’entrée en vigueur de cette loi. En adoptant en 2002 l’al. 3(1)(b) de la *LSJPA*, suivant lequel « le système de justice pénale pour les adolescents doit [. . .] mettre l’accent sur [. . .] *la prise de mesures opportunes* qui établissent clairement le lien entre le comportement délictueux et ses conséquences, [et sur] *la diligence et la célérité* avec lesquelles doivent intervenir les personnes chargées de l’application de la présente loi, compte tenu du sens qu’a le temps dans la vie des adolescents », le législateur ne faisait que codifier la

“the leading decision of this court on the issue of unreasonable delay” (p. 650) in youth offender proceedings.

[149] The British Columbia Court of Appeal agreed, observing that “much of s. 3 of the *YCJA* is a codification of earlier jurisprudence . . . a pronounced judicial focus on ensuring the prompt resolution of youth justice proceedings was a prominent component of the interpretation of the *YOA* and on this issue the *YCJA* does not introduce a change” (*R. v. H.R.*, 2006 BCCA 211, 225 B.C.A.C. 127, at para. 32; see also *R. v. R.R.*, 2011 NSCA 86, 307 N.S.R. (2d) 319, at para. 14). By enacting s. 3(1)(b) of the *YCJA*, therefore, Parliament recognized that a core tenet of the separate youth criminal justice system is the need for enhanced timeliness for proceedings against young persons.

[150] Since the enactment of the *YCJA*, courts have consistently maintained that criminal proceedings against youth should be resolved more quickly than adult proceedings and that reasonable delay in the adult criminal justice system may not be reasonable in youth proceedings. In *R. v. L.B.*, 2014 ONCA 748, 325 O.A.C. 371, for example, the Court of Appeal for Ontario noted that “youth court matters are expected to proceed with greater dispatch than adult criminal proceedings” (para. 14). And in *R.R.*, the Nova Scotia Court of Appeal concluded that “the appropriate way to take into account the special circumstances of young persons is to acknowledge the potential for a heightened degree of prejudice to their liberty and security interests that may flow from delay” (para. 13).

jurisprudence qui existait déjà. Ainsi que l’a souligné la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *R. c. R. (T.)* (2005), 75 O.R. (3d) 645, la *LSJPA* a cristallisé les règles antérieures de la common law, notamment les principes établis dans l’arrêt *M. (G.C.)*, [TRADUCTION] « l’arrêt clé de la cour sur la question des délais abusifs » (p. 650) dans le contexte des procédures mettant en cause des jeunes contrevenants.

[149] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a abondé dans le même sens, soulignant que [TRADUCTION] « la plupart des principes énoncés à l’art. 3 de la *LSJPA* codifient la jurisprudence déjà existante [et que] l’interprétation de la *LJC* reposait en bonne partie sur le souci marqué des tribunaux de veiller à ce que les instances portées devant les tribunaux pour adolescents se déroulent promptement. À cet égard, la *LSJPA* n’apporte aucun changement » (*R. c. H.R.*, 2006 BCCA 211, 225 B.C.A.C. 127, par. 32; voir également *R. c. R.R.*, 2011 NSCA 86, 307 N.S.R. (2d) 319, par. 14). En conséquence, en adoptant l’al. 3(1)b de la *LSJPA*, le législateur a reconnu qu’une des principales assises du système distinct de justice pénale pour les adolescents résidait dans la nécessité de veiller à ce que les poursuites intentées contre ceux-ci soient menées à terme plus rapidement.

[150] Depuis l’adoption de la *LSJPA*, les tribunaux ont systématiquement répété que les poursuites pénales intentées contre les adolescents devaient être résolues plus vite que celles visant les adultes et qu’un délai qui est raisonnable dans le cas de ceux-ci ne sera peut-être pas lorsqu’il s’agit d’adolescents. Dans l’arrêt *R. c. L.B.*, 2014 ONCA 748, 325 O.A.C. 371, par exemple, la Cour d’appel de l’Ontario a souligné que [TRADUCTION] « les affaires portées devant le tribunal pour adolescents devraient se dérouler plus rondement que celles dont sont saisis les tribunaux pour adultes » (par. 14). En outre, dans l’arrêt *R.R.*, la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que [TRADUCTION] « pour tenir dûment compte de la situation particulière des adolescents, il faut reconnaître qu’un délai risque de porter davantage atteinte à leurs droits à la liberté et à leur sécurité qu’il ne le ferait pour un adulte » (par. 13).

[151] While the need for prompt resolution is clearly connected to the general prejudice suffered by young persons in their interactions with the criminal justice system, there are particular reasons why *timeliness* as a procedural safeguard takes on heightened significance for young persons charged with criminal offences. Veldhuis J.A. at the Court of Appeal of Alberta, identified three characteristics of young persons which may lead them to experience a heightened degree of prejudice (relative to that suffered by adults) from long pre-trial delay (at paras. 104-6):

First, the ability of young persons to appreciate the connection between behaviour and consequences is less developed than it is for adults: *M. (G.C.)*, at para. 23. Long delays which further separate the connection between behaviour and consequence may inhibit a young person's ability to learn and be effectively rehabilitated from the incident.

Second, a young person's perception of time may be distorted: *M. (G.C.)*, at para. 23; *YCJA*, at s. 3(1)(b)(v). Delays may feel longer to a young person because the length of the delay takes up a greater proportion of their life relative to that of an adult. This may increase their experienced prejudice through a greater feeling of loss of liberty with respect to any pre-trial custody or bail conditions, which may seem to last longer than it would to an adult. It may also increase their experienced prejudice through a prolonged sense of the general stress felt by anyone under a cloud of suspicion.

Third, memories of young people tend to fade more quickly than those of adults: Nicholas Bala, "Youth as Victims and Offenders in the Criminal Justice System: A Charter Analysis — Recognizing Vulnerability" (2008) 40:19 SCLR 595 at p. 616. This characteristic may inhibit a young person from making full answer and defence when critical details of the incident become difficult to recall. [Emphasis added.]

[151] Même si la nécessité que les procédures qui mettent en cause des adolescents soient résolues diligemment est indéniablement liée au préjudice général qu'ils subissent dans le cadre de leurs interactions avec le système de justice pénale, il y a des raisons particulières qui expliquent pourquoi la *rapidité* revêt une plus grande importance à titre de protection procédurale dans le cas d'adolescents accusés d'avoir commis une infraction criminelle. La juge Veldhuis, de la Cour d'appel de l'Alberta, a relevé trois traits de caractère observés chez les adolescents qui expliquent pourquoi ils risquent d'être davantage lésés que les adultes par un long délai précédant leur procès (par. 104-106) :

[TRADUCTION] Premièrement, les adolescents sont moins en mesure que les adultes de comprendre le lien entre un comportement donné et ses conséquences : *M. (G.C.)*, par. 23. Les longs délais qui viennent émuquer encore plus ce lien peuvent empêcher les adolescents de tirer des leçons de l'incident et miner leurs chances de réadaptation.

Deuxièmement, la perception du temps qu'ont les adolescents peut être déformée : *M. (G.C.)*, par. 23; *LSJPA*, sous-al. 3(1)(b)(v). Les délais peuvent sembler plus longs aux yeux des adolescents, eu égard à la proportion de cette période par rapport à leur vie comparativement à ce qu'elle représente pour les adultes. En conséquence, ils peuvent subir un plus grand préjudice, en raison du sentiment plus vif de perte de liberté qu'ils éprouvent par suite de leur détention avant le procès ou des conditions dont est assortie leur mise en liberté sous caution, qui peuvent leur sembler plus longues qu'elle le semblerait pour un adulte. Il se peut aussi qu'ils se sentent davantage lésés en raison du sentiment prolongé de stress général que ressent quiconque fait l'objet de suspicion.

Troisièmement, les adolescents ont tendance à oublier plus rapidement que les adultes : Nicholas Bala, « Youth as Victims and Offenders in the Criminal Justice System : A Charter Analysis — Recognizing Vulnerability » (2008) 40:19 SCLR 595, p. 616. Cette caractéristique peut nuire à la capacité des adolescents de présenter une défense pleine et entière lorsqu'ils ont de la difficulté à se rappeler les faits. [Nous soulignons.]

To this list, we would add the two additional factors raised by the majority — avoiding potential unfairness and advancing societal interests.

[152] *Jordan* did not address the fact that delay uniquely affects young persons and, as the majority recognizes, it did not explicitly answer the question of whether its presumptive ceilings apply to youth justice court proceedings. We do not, with respect, share the view that the ceilings established in *Jordan* were intended to apply to proceedings under the *YCJA*.

[153] Nowhere in *Jordan* are young persons or the youth criminal justice system referred to. Nor does *Jordan* remotely suggest that the unique considerations that apply to young people were accounted for. This is unsurprising: no one raised it, no one argued it, and no one considered it. To conclude that the *Jordan* framework applies to *all* criminal proceedings, however, relies on the *absence* of any reference to the youth justice system in *Jordan* as the basis for *inferring* its inclusion. This obliterates the historic distinction between the adult and youth criminal justice systems, to the prejudice of young persons. If a framework for adjudicating a constitutional right that is directed to the criminal justice system for adults is now to be taken as having been also directed to be considered in the context of the separate criminal justice system for young persons, it should be done explicitly and not inferentially, particularly when inferring that young persons that are captured by the adult framework will lead to less protection than they have received and are constitutionally entitled to.

[154] But this is not just a matter of eliminating protections for young people. Tacking young people onto the adult framework set by *Jordan* changes

Nous ajouterions à cette liste les deux autres facteurs mentionnés par les juges majoritaires : la nécessité d'éviter tout risque d'iniquité et celle de promouvoir les intérêts de la société.

[152] L'arrêt *Jordan* n'a pas traité du fait que les délais ont des conséquences particulières sur les adolescents et, comme les juges majoritaires le reconnaissent, il n'a pas explicitement répondu à la question de savoir si les plafonds présumés qu'il a fixés s'appliquent aux affaires portées devant les tribunaux pour adolescents. Soit dit en tout respect, nous ne partageons pas l'avis voulant que les plafonds fixés dans l'arrêt *Jordan* étaient censés s'appliquer aux poursuites intentées sous le régime de la *LSJPA*.

[153] Il n'est nullement question des adolescents ou du système de justice pénale pour les adolescents dans l'arrêt *Jordan*, et rien dans cet arrêt ne permet de penser qu'on a tenu compte de considérations propres aux adolescents. Il n'y a rien d'étonnant à cela : personne n'a soulevé la question, personne ne l'a débattue et personne ne l'a examinée. Toutefois, pour conclure que le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Jordan* s'applique à *toutes* les procédures pénales, on se fonde sur l'*absence* de toute mention du système de justice pénale pour les adolescents dans cet arrêt pour en *déduire* qu'il y était visé. Ce faisant, on ne tient pas compte de la distinction qui a toujours été faite entre le système de justice pénale pour les adultes et celui pour les adolescents, au détriment de ces derniers. Pour qu'on puisse considérer que le cadre d'analyse servant à trancher les litiges portant sur des droits constitutionnels dans le contexte du système de justice pénale pour les adultes s'applique aussi au système distinct de justice pénale pour les adolescents, il faut une règle explicite en ce sens. On ne peut procéder par déduction, surtout lorsque le fait de déduire que les adolescents sont visés par le cadre qui s'applique aux adultes se traduit par une diminution de la protection dont les adolescents bénéficient et qui leur est garantie par la Constitution.

[154] L'intégration du cadre d'analyse applicable aux adultes établi dans l'arrêt *Jordan* aux poursuites intentées contre les adolescents n'a pas seulement

Jordan itself, and erodes the clarity it created. In effect, the majority's approach overrules the "below the ceiling" test. In *Jordan*, this Court could not have been clearer: prejudice is no longer an independent consideration, and is instead a factor in the setting of the ceilings; and a stay will be granted in response to delay below the ceiling *only* in "rare" and "clear cases". But no more. By changing *Jordan* so that stays will theoretically be more readily available where necessary to account for *the prejudice* experienced by young persons, the clarity of *Jordan*'s instruction that a stay will be granted below the ceiling only in "rare" and "clear cases" is undermined and the predictability of the presumption that delay below the ceiling is reasonable dissipates.

[155] Under the majority's revised "below the ceiling" test, moreover, it is unclear how and when the need for timeliness in youth proceedings will be relevant to the reasonableness of the delay in any given case. This results in the worst of both worlds: the rigidity of ceilings that offer youth less protection than they previously received and were entitled to, coupled with a lack of clarity and predictability about if and when a stay will be granted when the delay is below the ceiling.

[156] We disagree, therefore, that the "below the ceiling" test set out in *Jordan* is capable of recognizing young persons' differential "tolerance for delay" (para. 42). To ask a youth to prove special circumstances to show that delay below the ceiling is unreasonable imposes a disproportionately high burden on those persons whom the majority recognizes are vulnerable. We see no reason to try to align the unalignable. Rather, we would apply the principles

pour effet d'éliminer les protections accordées à ces derniers. Elle modifie l'arrêt *Jordan* lui-même et dilue la clarté qu'il avait créée. En réalité, l'approche de nos collègues majoritaires déroge au test relatif aux délais « inférieurs au plafond ». Dans l'arrêt *Jordan*, la Cour n'aurait pas pu s'exprimer plus clairement : le préjudice n'est plus un facteur indépendant, mais représente plutôt un des facteurs à prendre en compte pour fixer les plafonds, et un arrêt des procédures est prononcé lorsque le délai est inférieur au plafond *uniquement* dans de « rares » cas et dans les « cas manifestes », sans plus. Si l'on modifie l'arrêt *Jordan* en rendant en théorie plus facile l'obtention d'un arrêt des procédures lorsque cette mesure est nécessaire pour tenir compte du *préjudice* subi par les adolescents, la clarté de la directive de l'arrêt *Jordan* selon laquelle un arrêt des procédures ne sera prononcé lorsque le délai est inférieur au plafond que dans de « rares » cas et dans les « cas manifestes » se voit compromise et la prévisibilité de la présomption du caractère raisonnable du délai inférieur au plafond, ébranlée.

[155] De plus, si l'on applique le test relatif aux délais « inférieurs au plafond » révisé que proposent les juges majoritaires, on ne sait pas dans quelles circonstances la nécessité de mener rapidement à terme une poursuite intentée contre un adolescent sera un facteur qui entrera en ligne de compte lorsqu'il s'agira de déterminer si le délai est raisonnable ou non dans une affaire donnée. On ne peut imaginer pire scénario : des plafonds rigides qui offrent aux adolescents une protection inférieure à celle dont ils bénéficiaient jusqu'ici et à laquelle ils avaient droit, ainsi qu'un manque de clarté et de prévisibilité quant aux situations dans lesquelles un arrêt des procédures sera prononcé lorsque le délai est inférieur au plafond.

[156] Nous ne sommes donc pas d'accord pour dire que le test applicable aux délais « inférieurs au plafond » énoncé dans *Jordan* permet de tenir compte de la « tolérance [différente des adolescents] envers les délais » (par. 42). Exiger d'un adolescent qu'il prouve l'existence de circonstances particulières pour démontrer qu'un délai inférieur au plafond est déraisonnable impose un fardeau disproportionné à des personnes dont la plupart des gens reconnaissent

underlying *Jordan* to determine the appropriate presumptive ceiling for youth justice proceedings, accounting for the system's unique considerations.

The Presumptive Ceiling for Proceedings Under the YCJA Should Be Lowered

[157] The foregoing leads us to agree with Veldhuis J.A. at the Court of Appeal that a separate and distinct presumptive ceiling should be set for the separate and distinct regime that Parliament has created under the *YCJA*.

[158] What, then, should that presumptive ceiling be, taking into account the need for timely resolution of youth proceedings as affirmed in the jurisprudence, Parliament's statement of the principles governing the *YCJA* and Canada's international commitments respecting youth criminal justice?

[159] In *Jordan*, the "starting point[s]" for determining the presumptive ceilings were the *Morin* guidelines. In *Morin*, eight to ten months was set as a guide for institutional delay in the provincial court, and an additional six to eight months in the superior court.

[160] The Ontario Court of Appeal in *M. (G.C.)* set out as an "administrative guidelin[e]" that "youth court cases should be brought to trial within *five to six months*" (p. 236 (emphasis added)). Therefore, using this same "starting point" for proceedings under the *YCJA*, it is clear on this basis alone that the same ceilings as for adult proceedings cannot apply.

la vulnérabilité. Nous ne voyons aucune raison de tenter de concilier ce qui est inconciliable. Nous serions plutôt enclins à appliquer les principes qui sous-tendent l'arrêt *Jordan* pour déterminer le plafond présumé qu'il convient d'appliquer aux procédures relevant du système de justice pénale pour les adolescents, en tenant compte des facteurs propres à ce système.

Le plafond présumé devrait être abaissé dans le cas des poursuites intentées sous le régime de la LSJPA

[157] L'analyse qui précède nous amène à convenir avec la juge Veldhuis de la Cour d'appel qu'un plafond séparé et distinct devrait être fixé pour le régime particulier créé par la *LSJPA*.

[158] Quel devrait donc être ce plafond présumé compte tenu de la nécessité, reconnue dans la jurisprudence, de mener rapidement à terme les procédures intentées contre les adolescents, des principes directeurs énoncés par le législateur qui régissent la *LSJPA* et des engagements internationaux du Canada en matière de justice pénale pour les adolescents?

[159] Dans l'arrêt *Jordan*, ce sont les lignes directrices proposées dans l'arrêt *Morin* qui ont servi de « point[s] de départ » pour fixer les plafonds présumés, soit, une période de huit à dix mois comme balise pour les délais institutionnels dans le cas des instances devant la cour provinciale, et une période de six à huit mois supplémentaires pour celles introduites devant la cour supérieure.

[160] Dans l'arrêt *M. (G.C.)*, la Cour d'appel de l'Ontario a proposé une [TRADUCTION] « ligne directrice administrative » en déclarant que « les affaires portées devant le tribunal pour adolescents devraient être instruites dans un délai de *cinq à six mois* » (p. 236 (italiques ajoutés)). Si nous utilisons ce même « point de départ » pour les poursuites intentées sous le régime de la *LSJPA*, il devient évident, ne serait-ce que pour cette raison, que les plafonds fixés pour les poursuites intentées contre les adultes ne peuvent s'appliquer.

[161] The *M. (G.C.)* guideline reflected the pre-*Jordan* judicial practice of considering the necessity for promptness in youth proceedings within an analysis of prejudice arising from pre-trial delay. In *Jordan*, however, this Court removed any consideration of individual prejudice from the s. 11(b) analysis, as it was “confusing, hard to prove, and highly subjective” (para. 33). In setting the presumptive ceilings at 18 and 30 months for proceedings in provincial and superior courts respectively, this Court in *Jordan* said that where the ceiling is breached, prejudice is irrebuttably presumed. As the majority correctly notes, *Jordan* folded the consideration of prejudice into the presumptive ceilings.

[162] The role of prejudice in connection with *young persons*, however, was not considered by the Court in setting the *Jordan* ceilings because *Jordan* did not fix ceilings for youth justice court proceedings. Again, in the face of a body of jurisprudence which recognizes the increased prejudice to youth caused by delay, it seems to us that *Jordan* would have referred to this heightened prejudice if it intended to capture it.

[163] We therefore do not agree that accounting for the specific prejudice experienced by youth would constitute some form of “double-counting”. The unique prejudice that young persons suffer as a result of delay was *not* accounted for in *Jordan*. In setting a new presumptive ceiling for youth proceedings, the heightened prejudiced suffered by young persons would be folded in for the first time.

[164] And, as to that folding, it seems to us that the *only* outcome that is consistent with this Court’s reasoning in *Jordan* is to recognize that, in light of the separate court system created by Parliament and the greater prejudice that has been acknowledged

[161] L’orientation donnée dans l’arrêt *M. (G.C.)* correspondait à la pratique judiciaire en vigueur avant l’arrêt *Jordan*, qui consistait à examiner la nécessité d’assurer que les procédures engagées contre les adolescents se déroulent diligemment dans le cadre d’une analyse du préjudice causé par le délai accumulé avant le procès. Or, dans l’arrêt *Jordan*, la Cour a retiré le préjudice individuel de l’analyse des demandes fondées sur l’al. 11b), car il « est difficile à prouver et son traitement porte à confusion en plus d’être hautement subjectif » (par. 33). En établissant respectivement à 18 mois et à 30 mois les plafonds présumés pour les affaires instruites devant une cour provinciale et pour celles instruites devant une cour supérieure, la Cour a affirmé, dans l’arrêt *Jordan*, que lorsque le plafond est dépassé, il y a présomption irréfragable de préjudice. Ainsi que nos collègues majoritaires le soulignent à juste titre, l’arrêt *Jordan* a incorporé l’examen du préjudice en établissant les plafonds présumés.

[162] Cependant, la Cour n’a pas tenu compte du rôle du préjudice dans le cas des *adolescents* en établissant les plafonds dans l’arrêt *Jordan*, parce qu’elle n’a pas fixé de plafonds pour les affaires portées devant le tribunal pour adolescents. Encore là, eu égard à la jurisprudence qui reconnaît le préjudice supplémentaire qui leur est causé par les délais, il nous semble que la Cour aurait mentionné ce préjudice accru dans l’arrêt *Jordan* si elle avait voulu en tenir compte.

[163] Nous ne sommes donc pas disposés à reconnaître que la prise en compte du préjudice spécifique subi par les adolescents constituerait une forme de « prise en compte double ». Le préjudice unique dont souffrent les adolescents en raison du délai *n’a pas* été pris en compte dans l’arrêt *Jordan*. Si un nouveau plafond présumé était établi pour les affaires mettant en cause les adolescents, le préjudice supplémentaire dont ceux-ci souffrent serait incorporé à l’analyse pour la première fois.

[164] À cet égard, il nous semble que la *seule* conclusion compatible avec le raisonnement suivi par la Cour dans l’arrêt *Jordan* est de reconnaître que, eu égard au système judiciaire distinct que le législateur a créé et au préjudice accru qui a été reconnu

in the case of young persons, there should be a *lower* presumptive ceiling for youth proceedings. As Veldhuis J.A. observed, “[s]ince the ceiling [in *Jordan*] was set based on the inferred prejudice faced by adults, it follows that the enhanced prejudicial effects on young persons require the court to set a lower ceiling, above which delay is presumptively unreasonable” (para. 107).

[165] Lowering the presumptive ceiling for youth does not confer enhanced *Charter* protections on them. Rather, it acknowledges the more profound impact of delay on young persons, and sets a ceiling that aims to confer on them *the same* protections that adults receive. There may be a difference in number, but not in substance. When it comes to prejudice arising from delayed criminal proceedings, *equal protection* as between young persons and adults requires *differential treatment*. This is not a departure from *Jordan*; indeed, it is the very application of *Jordan*’s principles to the youth criminal justice system — a system designed to accommodate the unique circumstances, and heightened prejudice, experienced by young persons. The failure to acknowledge this uniqueness deprives young persons of the very substantive benefits in s. 11(b) that *Jordan* extended to adults.

[166] It is this simple. What is a reasonable time for adults is not the same as for young people. Refusing to create a separate ceiling denies this, while paradoxically leading to the result that the principles underlying *Jordan* furnish less protection for young people than they had before *Jordan*. It turns the *Jordan* principles — so far as young people are concerned — into a hollow promise.

[167] As the case law decided under *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, and *Morin* demonstrates, delay was usually determined to be *unreasonable* in youth proceedings well before 18 months. Courts

dans le cas des adolescents, un plafond présumé *plus bas* devrait être fixé pour les procédures dont ceux-ci font l’objet. Ainsi que l’a fait remarquer la juge Veldhuis, [TRADUCTION] « [p]uisque le plafond établi [dans l’arrêt *Jordan*] reposait sur le préjudice présumé auquel les adultes font face, l’existence du préjudice additionnel causé aux adolescents requiert l’établissement d’un plafond plus bas, au-delà duquel le délai est présumé déraisonnable » (par. 107).

[165] Le fait d’abaisser le plafond présumé dans le cas des adolescents ne leur confère pas de plus grandes protections au regard de la *Charte*. Cela a plutôt pour effet de reconnaître les conséquences plus importantes des délais chez les adolescents et de fixer un plafond qui vise à leur conférer *les mêmes* protections que celles dont bénéficient les adultes. Il peut y avoir une différence sur le plan du chiffre, mais pas de la teneur. Lorsqu’il s’agit d’évaluer le préjudice découlant de retards dans le déroulement des procédures criminelles, l’octroi aux adolescents d’une *protection égale* à celle qu’obtiennent les adultes nécessite de leur accorder un *traitement différent*. Cette conclusion ne s’éloigne pas de l’arrêt *Jordan*, elle en applique plutôt précisément les principes au système de justice pénale pour les adolescents, qui a été conçu pour tenir compte de la situation unique de ceux-ci et du préjudice supplémentaire qu’ils subissent. Lorsque ce caractère unique n’est pas reconnu, les adolescents sont privés des avantages très importants qui découlent de l’al. 11b) et que la Cour a accordés aux adultes dans l’arrêt *Jordan*.

[166] La réalité est fort simple. Ce qui est un délai raisonnable pour les adultes ne l’est pas forcément pour les adolescents. Refuser de créer un plafond distinct revient à nier cette réalité et fait en sorte que, paradoxalement, les principes sous-jacents à l’arrêt *Jordan* offrent aux adolescents une protection inférieure à celle dont ils bénéficiaient avant le prononcé de cet arrêt. Ainsi appliqués, les principes énoncés dans l’arrêt *Jordan* deviennent une promesse creuse à l’endroit des adolescents.

[167] Comme le montrent les décisions rendues dans la foulée des arrêts *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, et *Morin*, le délai était habituellement jugé *déraisonnable* dans les affaires mettant en cause des

regularly applied s. 11(b) to ensure prompt trials for youth in ways that resulted in cases against them being stayed *before* reaching what is now the *Jordan* ceiling of 18 months for adult trials in provincial court (see for example: *R. v. J.O.B.*, 2005 ABCA 296; *R. v. M.A.B.*, 2011 ABPC 87; *R. v. S.M.*, 2003 SKPC 39, 230 Sask. R. 25; *R. v. J. (S.)*, 2009 ONCJ 217, 192 C.R.R. (2d) 266; *R. v. H. (M.)*, 2008 ONCJ 643; *R. v. F. (T.)*, 2005 ONCJ 413; *R. v. L.S.*, 2005 ONCJ 113, 130 C.R.R. (2d) 81; and *R. v. C. (Q.Q.)*, 2005 BCPC 89, 129 C.R.R. (2d) 189). Applying the adult *Jordan* ceilings to young persons erodes this standard, and contradicts this long-standing understanding and practice. And it — bizarrely — leaves young persons *worse off* than they were, since the adult *Jordan* ceilings potentially allow for *more* pre-trial delay for young persons than the system previously tolerated. This defeats entirely the very purpose of *Jordan*, namely, to deter the “culture of complacency within the system towards delay” (para. 4).

[168] The majority’s primary reason for declining to set a distinct presumptive ceiling for youth matters is that “it has not been shown that there is a problem regarding delay in the youth criminal justice system” (para. 63). But the presence or absence of evidence of delay does not dictate or delimit the content of a young person’s right to a trial within a reasonable time. Rather, if one accepts — as we do — that the goals *Jordan* sought to achieve are equally applicable in the youth justice context, those principles must be applied in light of the uniqueness of youth proceedings. In short, the existence of a problem is not a precondition for guaranteeing or defining the content of constitutional rights.

[169] Further, we observe that no such empirical evidence of delay across jurisdictions was before this Court when it decided *Jordan*. Nevertheless, the

adolescents bien avant qu’une période de 18 mois se soit écoulée. Les tribunaux ont régulièrement appliqué l’al. 11b) pour garantir l’instruction diligente de ces affaires de telle sorte que l’arrêt des procédures était prononcé *avant* même que soit atteint le plafond de 18 mois fixé par l’arrêt *Jordan* pour les poursuites intentées contre des adultes devant une cour provinciale (voir, par exemple : *R. c. J.O.B.*, 2005 ABCA 296; *R. c. M.A.B.*, 2011 ABPC 87; *R. c. S.M.*, 2003 SKPC 39, 230 Sask. R. 25; *R. c. J. (S.)*, 2009 ONCJ 217, 192 C.R.R. (2d) 266; *R. c. H. (M.)*, 2008 ONCJ 643; *R. c. F. (T.)*, 2005 ONCJ 413; *R. c. L.S.*, 2005 ONCJ 113, 130 C.R.R. (2d) 81; *R. c. C. (Q.Q.)*, 2005 BCPC 89, 129 C.R.R. (2d) 189). L’application aux adolescents des plafonds établis pour les adultes dans l’arrêt *Jordan* atténue la portée de cette norme et va à l’encontre de cette pratique et de cette interprétation de longue date. Curieusement, elle place aussi les adolescents *en moins bonne posture*, puisque les plafonds fixés pour les adultes dans l’arrêt *Jordan* peuvent permettre que les délais qui s’écoulaient avant le procès soient *plus longs* pour les adolescents que ce que le système tolérait précédemment. Cela va directement à l’encontre de l’objectif de l’arrêt *Jordan*, soit lutter contre la « culture de complaisance vis-à-vis des délais » (par. 4).

[168] La principale raison invoquée par nos collègues majoritaires pour refuser d’établir un plafond présumé distinct applicable aux poursuites intentées contre des adolescents est qu’« il n’a pas été démontré qu’il y a un problème concernant les délais dans le système de justice pénale pour les adolescents » (par. 63). Or, l’existence ou l’inexistence de délais avérés ne saurait déterminer ou circonscrire le contenu du droit de l’adolescent d’être jugé dans un délai raisonnable. Au contraire, si on admet — comme nous le faisons — que les objectifs de l’arrêt *Jordan* s’appliquent tout autant dans le contexte de la justice pour adolescents, il faut appliquer ces principes en tenant compte du caractère unique de la justice pour adolescents. Bref, il n’est pas nécessaire qu’il existe un problème pour que l’on puisse garantir ou définir le contenu des droits constitutionnels.

[169] De plus, nous tenons à signaler que la Cour ne disposait d’aucune preuve empirique portant sur les délais dans les divers tribunaux canadiens lorsqu’elle

Court effectively took judicial notice of a culture of complacency in the adult criminal justice system. The majority offers no compelling reason for failing to do so with respect to the youth criminal justice system. Consistent with the insight and methodology of this Court's judgment in *Jordan*, we would do so.

[170] We also reject the suggestion that setting a separate presumptive ceiling for youth court proceedings would lead to a multiplicity of ceilings. Parliament has chosen to treat young persons ranging from 12 to 17 years of age as a group for the purposes of the *YCJA*. By setting a separate presumptive ceiling for *all* young persons, we are merely reflecting Parliament's direction, that those in that age range must be treated separately and differently from adults. The majority does not explain how recognizing a new ceiling for youth court proceedings would lead to a proliferation of ceilings either under the *YCJA* or generally. For example, the majority does not account for *Jordan* having itself recognized *two* distinct ceilings — one for provincial court proceedings and one for superior court proceedings.

[171] Further, and contrary to the majority's contention, Parliament's creation of a separate youth criminal justice system is not the sole basis on which we would establish a separate ceiling for youth matters under the *YCJA*. In our view, the longstanding presence of a distinct legislative regime is an implicit acknowledgement of the distinct interests of youth in a timely trial. That youth have a separate criminal justice system, with its own court and unique procedures, simply directs us to determine the appropriate ceiling for *this* system. Were it any other way, *Jordan* would be guilty of the same transgression of setting "system-specific" timelines, since it set distinct ceilings for proceedings in superior and provincial

a rendu sa décision dans l'affaire *Jordan*. Cela ne l'a pas empêchée de prendre effectivement acte de la culture de complaisance qui existait dans le système de justice pénale pour les adultes. Les juges majoritaires n'avancent aucune raison convaincante de ne pas adopter la même démarche eu égard au système de justice pénale pour les adolescents. Dans le droit fil des éclaircissements apportés par la Cour dans l'arrêt *Jordan* et de la méthodologie qu'elle a suivie dans cet arrêt, nous adopterions cette approche.

[170] Nous rejetons également la suggestion selon laquelle l'établissement d'un plafond présumé distinct pour les affaires portées devant les tribunaux pour adolescents provoquerait une multiplication des plafonds. Le législateur a choisi de considérer les adolescents âgés de 12 à 17 ans comme un seul groupe pour l'application de la *LSJPA*. En fixant un plafond présumé distinct pour *tous* les adolescents, nous ne faisons qu'observer la consigne du législateur selon laquelle les personnes appartenant à ce groupe d'âge doivent être traitées séparément et différemment des adultes. Les juges majoritaires n'expliquent pas en quoi la reconnaissance d'un nouveau plafond applicable aux poursuites intentées devant les tribunaux pour adolescents entraînerait une prolifération de plafonds sous le régime de la *LSJPA* ou en général. Par exemple, nos collègues majoritaires ne tiennent pas compte du fait que l'arrêt *Jordan* a lui-même reconnu l'existence de *deux* plafonds distincts : un pour les poursuites introduites devant les cours provinciales et l'autre pour les procédures intentées devant les cours supérieures.

[171] De plus, et contrairement à ce qu'affirment les juges majoritaires, le fait que le législateur fédéral ait créé un système de justice pénale distinct pour les adolescents n'est pas la seule raison pour laquelle nous établirions un plafond distinct pour les affaires mettant en cause des adolescents sous le régime de la *LSJPA*. À notre avis, le fait qu'il existe depuis longtemps un régime législatif distinct constitue une reconnaissance implicite du droit distinct des adolescents d'être jugés le plus rapidement possible. Le fait qu'il existe un système de justice pénale distinct pour les adolescents, avec ses propres tribunaux et ses procédures uniques, nous incite simplement à fixer le plafond approprié pour *ce* système. S'il en

courts. There was no question in *Jordan* of the propriety of recognizing that proceedings in the provincial court system should have a lower ceiling than proceedings in the superior court system. Therefore, just as *Jordan* set distinct ceilings for the *provincial court system* and the *superior court system* — the propriety of which was not questioned — we now set a distinct ceiling for the *youth court system*.

[172] We do not share the concern that setting a new presumptive ceiling for youth justice court proceedings will lead to “practical difficulties”, such as creating a new transitional scheme. Even if practical difficulties could or should determine the bounds of a constitutional right, they do not arise here. The presumptive ceiling that we set here for youth proceedings would apply to cases currently in the system, with the same transitional qualifications that *Jordan* afforded to those cases in the system at the time of its release.

[173] There remains the question of where to fix the presumptive ceiling for proceedings under the *YCJA*. In *R. v. M. (J.)*, 2017 ONCJ 4, 344 C.C.C. (3d) 217, Paciocco J. noted that there is “objective support for a 12 month presumptive ceiling”, but that “[a] credible case can also be made for a 15 month presumptive ceiling” (paras. 137-38). He ultimately concluded: “What is clear is that nothing higher than 15 months could reasonably serve as an appropriate presumptive ceiling” (para. 144). In dissent at the Court of Appeal of Alberta, Veldhuis J.A. concluded that a 15-month presumptive ceiling should be set for proceedings under the *YCJA*. K.J.M., however, submits that nothing higher than a 12-month ceiling

était autrement, on serait en droit de reprocher aussi à l’arrêt *Jordan* de fixer des délais « en fonction du système applicable », puisqu’il prévoit des plafonds distincts, d’une part, pour les procédures intentées devant les cours supérieures et, d’autre part, pour celles portées devant les cours provinciales. Dans l’arrêt *Jordan*, il n’est pas question du bien-fondé de la reconnaissance d’un plafond inférieur pour les procédures intentées devant les tribunaux provinciaux à celui prévu pour les procédures intentées devant les cours supérieures. Par conséquent, tout comme l’arrêt *Jordan* a fixé des plafonds distincts pour les *cours provinciales*, d’une part, et pour les *cours supérieures*, d’autre part — et que le bien-fondé de la création de ces plafonds distincts n’a pas été remis en question —, nous établirions maintenant un plafond distinct applicable aux poursuites intentées devant les *tribunaux pour adolescents*.

[172] Nous ne sommes pas d’accord pour dire que l’établissement d’un nouveau plafond présumé pour les procédures mettant en cause des adolescents entraînera des « difficultés d’ordre pratique », comme la création d’un nouveau régime transitoire. Même si des difficultés de cette nature pouvaient ou devaient influencer sur la détermination des limites d’un droit constitutionnel, elles n’interviennent pas en l’espèce. Le plafond présumé que nous fixons en l’espèce pour les poursuites intentées contre les adolescents s’appliquerait aux affaires en cours dans le système, compte tenu des mêmes mesures transitoires que la Cour a prévues dans l’arrêt *Jordan* pour les affaires en cours lorsque cet arrêt a été rendu.

[173] Il reste à déterminer le délai qui constituerait le plafond présumé pour les poursuites intentées sous le régime de la *LSJPA*. Dans le jugement *R. c. M. (J.)*, 2017 ONCJ 4, 344 C.C.C. (3d) 217, le juge Paciocco a reconnu l’existence [TRADUCTION] « d’arguments objectifs en faveur d’un plafond présumé de 12 mois », précisant toutefois que « [d]es arguments valables peuvent aussi être invoqués au soutien d’un plafond de 15 mois » (par. 137-138). Il a finalement conclu que « [c]e qui est clair, c’est qu’un plafond présumé ne devrait pas être plus élevé que 15 mois » (par. 144). La juge Veldhuis, dissidente en Cour d’appel de l’Alberta, a conclu qu’un plafond présumé de 15 mois devrait être fixé pour les

can fulfil the “*Jordan* promise combined with the principles of the *YCJA*”. Although not strictly necessary for the purposes of this appeal, since the delay experienced by K.J.M. exceeded 15 months, we would set the presumptive ceiling for proceedings in the provincial court under the *YCJA* at 15 months.

Calculation of Delay

[174] The first step, whether in an adult case or in a youth case, is to calculate the total delay from the time the accused was charged until the actual or anticipated conclusion of the trial. From this total are subtracted defence delay and delay caused by discrete exceptional events. Here, the total delay from the time K.J.M. was charged to the end of his trial was 18 months and 28 days. While there is no need for us to re-characterize this delay in any great detail — even on the majority’s calculation, the total delay in this case was above the 15-month presumptive ceiling — we offer a few comments on the majority’s calculation.

[175] First, K.J.M.’s late arrival to court and the resulting delay. In our view, it is inappropriate to characterize two to three *months* as defence delay arising from the fact that K.J.M. was *2½ hours* late to one of his numerous court appearances on March 2, 2016. Neither the trial judge nor the Court of Appeal characterized any delay as defence delay. Conjecture about whether “it is reasonable to think that a date for continuation earlier than July 28 would have been found” (majority reasons, at para. 95) but for K.J.M.’s late arrival, is unwarranted.

[176] We turn to the delay that the majority says was caused by a discrete exceptional event — the

poursuites intentées sous le régime de la *LSJPA*. Cependant, K.J.M. soutient qu’un plafond dépassant un délai de 12 mois ne peut pas remplir [TRADUCTION] « la promesse de l’arrêt *Jordan* tout en respectant les principes de la *LSJPA* ». Même s’il n’est pas strictement nécessaire que nous le fassions pour trancher le présent pourvoi étant donné que le délai en cause en l’espèce a dépassé 15 mois, nous fixerions à 15 mois le plafond présumé pour les poursuites intentées devant la cour provinciale sous le régime de la *LSJPA*.

Calcul du délai

[174] Que la poursuite soit intentée contre un adulte ou contre un adolescent, la première étape consiste à calculer le délai total écoulé entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès. Il faut ensuite soustraire de ce total le délai imputable à la défense et les délais découlant d’événements exceptionnels distincts. Dans la présente affaire, une période de 18 mois et 28 jours s’est écoulée entre le dépôt des accusations contre K.J.M. et la conclusion de son procès. Bien qu’il ne soit pas nécessaire que nous reprenions en détail la caractérisation de ce délai — puisque même suivant l’estimation de nos collègues majoritaires, le délai total en l’espèce dépassait le plafond présumé de 15 mois —, nous souhaitons formuler quelques commentaires au sujet du calcul fait par ces derniers.

[175] Examinons d’abord l’arrivée tardive de K.J.M. au tribunal et le délai occasionné par ce retard. À notre avis, il ne convient pas d’imputer à la défense un délai de deux à trois *mois* pour la simple raison que K.J.M. est arrivé avec deux *heures* et demie de retard à l’une de ses nombreuses comparutions devant le tribunal, soit celle du 2 mars 2016. Qui plus est, ni la juge du procès ni la Cour d’appel n’ont considéré l’une ou l’autre des périodes examinées comme un délai imputable à la défense. Il n’y a pas lieu non plus, à notre avis, de supposer que n’eût été l’arrivée tardive de K.J.M., « il est raisonnable de penser que l’audience aurait pu reprendre avant le 28 juillet » (motifs des juges majoritaires, par. 95).

[176] Passons maintenant au délai qui, selon les juges majoritaires, a été causé par un événement

mistake surrounding the *voir dire* transcript. In our view, the transcript error was the result of an administrative oversight that the justice system “could reasonably have mitigated” (*Jordan*, at para. 75). As this Court recognized in *Jordan*, “court administration, the police, Crown prosecutors, accused persons and their counsel, and judges” all “play an important role in ensuring that [trials] conclud[e] within a reasonable time” (para. 50).

[177] In this case, the trial judge explained that “an agent of the state made an error” in ordering the transcript. As is clear from the trial judge’s description, the transcript error was the result of an oversight at the level of court administration. Compounding this error, the trial judge acknowledged that she may have noticed and corrected the transcript mistake if she had been in her office. Although we agree with the majority that judges “are not chained to their desks” (para. 102) and are entitled to take vacations, delay caused by these vacations should not be subtracted as an exceptional circumstance to the detriment of the accused.

[178] In any event, the Court in *Jordan* said that “the determination of whether circumstances are ‘exceptional’ will depend on the trial judge’s good sense and experience” (para. 71). In this case, the trial judge concluded that the missing transcript was not a discrete exceptional event. We would defer to the trial judge’s “good sense and experience” in making this determination.

[179] We would, therefore, not characterize any of the delay in K.J.M.’s case as defence delay or delay due to a discrete exceptional circumstance. Without these deductions, we calculate the total delay in this case as 18 months and 28 days.

[180] Our reasons would represent the first occasion on which a presumptive ceiling has been set for youth criminal justice proceedings. We therefore

exceptionnel distinct, soit l’erreur commise quant à la transcription du voir-dire. À notre avis, le problème en question a été causé par une erreur administrative et le délai qui en découle en est un que le système judiciaire « [aurait] raisonnablement [pu] atténu[er] » (*Jordan*, par. 75). Ainsi que la Cour l’a reconnu dans l’arrêt *Jordan*, « les fonctionnaires responsables de l’administration des tribunaux, les policiers, les avocats du ministère public, les inculpés et leurs avocats, de même que les juges » « jouent [tous] un rôle important pour garantir que le[s] procès se conclu[ent] dans un délai raisonnable » (par. 50).

[177] En l’espèce, la juge du procès a souligné qu’un [TRADUCTION] « fonctionnaire de l’État a commis une erreur » en commandant la transcription. Comme il ressort clairement de ses explications, il s’agissait d’une erreur commise par un membre du personnel responsable de l’administration des tribunaux. Pour compliquer les choses, la juge du procès a également reconnu qu’elle aurait peut-être relevé et corrigé l’erreur si elle avait été à son cabinet. Même si nous convenons avec nos collègues majoritaires que les juges « ne sont pas enchaînés à leurs bureaux » (par. 102) et qu’ils ont le droit de prendre des vacances, il n’y a pas lieu de soustraire le délai qui en découle en le considérant comme un délai imputable à un événement exceptionnel, au détriment de l’accusé.

[178] En tout état de cause, la Cour a affirmé dans l’arrêt *Jordan* que « la réponse à cette question du caractère “exceptionnel” des circonstances dépendra du bon sens et de l’expérience du juge de première instance » (par. 71). En l’espèce, la juge du procès a conclu que la transcription manquante n’était pas un événement exceptionnel distinct. Nous serions enclins à nous en remettre « [a]u bon sens et [à] l’expérience » de la juge du procès à cet égard.

[179] En conséquence, dans le cas de K.J.M., nous n’imputerions aucune portion du délai à la défense ou à un événement exceptionnel distinct. Sans ces deductions, nous en arrivons à un délai total de 18 mois et 28 jours en l’espèce.

[180] Il s’agirait en l’occurrence de la première fois qu’un délai présumé est fixé pour les poursuites intentées dans le système de justice pénale pour les

rely on and apply *Jordan*'s comments on transitional cases.

[181] As explained above, even on the majority's calculation of delay, the delay in this case was above the presumptive 15-month ceiling. Above the ceiling, the transitional exception will apply where "the Crown satisfies the court that the time the case has taken is justified based on the parties' reasonable reliance on the law as it previously existed" (*Jordan*, at para. 96). As the Court said in *Jordan*, "[t]his requires a contextual assessment, sensitive to the manner in which the previous framework was applied . . . [f]or example, prejudice and the seriousness of the offence often played a decisive role" (*ibid.*). Additional relevant factors include the complexity of the case, the actual amount of delay, the presence of "significant" and "notorious" institutional delay and the parties' response to the delay (*Jordan*, at paras. 96-98; *Cody*, at paras. 68-70). The "bottom line is that all of these factors should be taken into consideration as appropriate in the circumstances" (*Cody*, at para. 70).

[182] Here, the trial judge found that although the delay exceeded 18 months, it was justified under the transitional exception. In considering the transitional exception, the trial judge concluded that on "taking a bird's eye view of this case, it is just not the clearest of cases where I should stay it". Both parties agree that this was not the correct legal test for the transitional exception. The "clear cases" test is relevant only when determining if a stay should be granted for delay that is *below* the presumptive ceiling. Because of this legal error, we will conduct a fresh analysis of whether the delay is justified under the transitional exception.

[183] As we are largely in agreement with Veldhuis J.A.'s transitional exception analysis, our approach mirrors the structure of her reasons.

adolescents. En conséquence, nous appliquerions les commentaires formulés dans l'arrêt *Jordan* aux situations visées par les mesures transitoires.

[181] Comme nous l'avons expliqué précédemment, même suivant l'estimation de nos collègues majoritaires, le délai écoulé en l'espèce a dépassé le plafond présumé de 15 mois. Au-delà du plafond, l'exception transitoire s'applique lorsque « le ministère public convainc la cour que le temps qui s'est écoulé est justifié du fait que les parties se sont raisonnablement conformées au droit tel qu'il existait au préalable » (*Jordan*, par. 96). Comme la Cour l'a expliqué dans ce même arrêt, « [c]ela suppose qu'il faille procéder à un examen contextuel, eu égard à la manière dont l'ancien cadre a été appliqué [. . .]. Par exemple, le préjudice subi et la gravité de l'infraction ont souvent joué un rôle décisif » (*ibid.*). Parmi les autres facteurs pertinents, mentionnons la complexité de l'affaire, le délai total réel, la présence d'un délai institutionnel « importan[t] » et « conn[u] » et les mesures que les parties ont prises pour réagir à la situation (*Jordan*, par. 96-98; *Cody*, par. 68-70). « [E]n définitive, cela signifie que tous ces facteurs doivent être pris en considération selon ce qui convient dans les circonstances » (*Cody*, par. 70).

[182] En l'espèce, la juge du procès a conclu que, même si le délai dépassait 18 mois, il était justifié selon la mesure transitoire exceptionnelle. Après avoir appliqué cette exception, elle a affirmé qu'une [TRANSDUCTION] « vue d'ensemble de la présente affaire ne me permet pas d'affirmer qu'il s'agit d'un des cas les plus manifestes pour lesquels je devrais prononcer l'arrêt des procédures ». Les deux parties conviennent que ce critère n'était pas celui qu'il fallait appliquer à l'égard de la mesure transitoire exceptionnelle. Le critère des « cas manifestes » n'est pertinent que pour déterminer s'il y a lieu d'ordonner un arrêt des procédures lorsque le délai est *inférieur* au plafond présumé. En raison de cette erreur de droit, nous reprendrons l'analyse de la question de savoir si le délai est justifié selon la mesure transitoire exceptionnelle.

[183] Puisque nous souscrivons dans une large mesure à l'analyse de la juge Veldhuis au sujet de l'exception transitoire, nous procéderons dans le même ordre qu'elle sur ce point.

[184] First, the complexity of the case. As Veldhuis J.A. noted, this was a relatively straightforward case. The facts were not overly complex, and the core issue was whether K.J.M. acted in self-defence. Complexity, in this case, did not lead to “inevitable delay”. This factor militates in favour of granting a stay.

[185] Next, it is necessary to consider the delay in relation to four factors which are to be balanced in order to determine whether the delay was unreasonable. These factors are: “. . . (1) the length of the delay; (2) defence waiver; (3) the reasons for the delay, including the inherent needs of the case, defence delay, Crown delay, institutional delay, and other reasons for delay; and (4) prejudice to the accused’s interests in liberty, security of the person, and a fair trial” (*Jordan*, at para. 30).

[186] Here, delay — the time running from the date K.J.M. was charged to the actual or anticipated end of trial — extends from April 12, 2015 to November 9, 2016, for a total of 18 months and 28 days. There was no defence waiver.

[187] Turning to the reasons for the delay, the prior law set out categories of delay. Inherent time requirements, which include the time to retain counsel, attend bail hearings, provide disclosure and complete police and administrative documentation, are a neutral factor. Institutional delay is, on the other hand, “the period that starts to run when the parties are ready for trial but the system cannot accommodate them” (*Morin*, at pp. 794-95). Delay caused by the accused will not contribute to a finding that the delay was unreasonable. Conversely, delay caused by the Crown *will* contribute to a finding that the delay was unreasonable. It is necessary, therefore, to characterize the delay periods.

[184] Voyons d’abord la complexité de l’affaire. Ainsi que l’a souligné la juge Veldhuis, il s’agissait en l’espèce d’une affaire relativement simple. Les faits n’étaient pas vraiment complexes et la question centrale à trancher était celle de savoir si K.J.M. avait agi en légitime défense. La complexité n’a pas mené à un « délai inévitable » en l’espèce. Ce facteur milite en faveur de l’arrêt des procédures.

[185] Nous devons ensuite examiner le délai sous l’angle de quatre facteurs à soupeser pour juger s’il était déraisonnable. Ces facteurs sont : « . . . (1) la longueur du délai; (2) la renonciation de la défense à invoquer une portion du délai; (3) les motifs du délai, y compris les besoins inhérents au dossier, le délai imputable à la défense, celui attribuable au ministère public, le délai institutionnel et les autres motifs du délai; (4) l’atteinte aux droits de l’inculpé à la liberté, à la sécurité de sa personne et à un procès équitable » (*Jordan*, par. 30).

[186] Dans la présente affaire, le délai — l’intervalle entre le dépôt des accusations contre K.J.M. et la conclusion réelle ou anticipée du procès — couvre la période allant du 12 avril 2015 au 9 novembre 2016, soit 18 mois et 28 jours au total. La défense n’a pas renoncé à invoquer une portion du délai.

[187] En ce qui concerne les motifs du délai, le droit applicable antérieurement prévoyait des catégories de délais. Ceux inhérents à l’affaire, y compris le temps nécessaire pour retenir les services d’un avocat, assister aux audiences relatives à la mise en liberté sous caution, communiquer les éléments de preuve et remplir les documents de la police ainsi que les formulaires administratifs, représentent un facteur neutre. En revanche, le délai institutionnel « commence lorsque les parties sont prêtes pour le procès, mais [que] le système ne peut leur permettre de procéder » (*Morin*, p. 795). Le délai causé par l’accusé ne contribue pas à la détermination que le délai était déraisonnable. À l’inverse, celui causé par le ministère public *contribue* à cette détermination. Il est donc nécessaire de préciser à quelle catégorie appartiennent les différentes portions du délai.

[188] *April 12, 2015 — June 29, 2015 (2½ months)*: During this period, K.J.M. retained counsel, a bail hearing was conducted and the parties were ready to set a trial date. This period of time is inherent delay.

[189] *June 30, 2015 — September 16, 2015 (2½ months)*: While defence counsel had hoped to set the trial for June 29, 2015, the court in Fort McMurray was not sitting due to judicial vacations. The trial was set for September 16, 2015. This period of time is institutional delay.

[190] *September 17, 2015 — March 2, 2016 (5½ months)*: The trial was set for 9:30 am on September 16, 2015. It was, however, set over to the afternoon as the Crown only planned to call a single witness and was not seeking to tender K.J.M.'s police statement. This plan changed over the lunch hour, and the Crown decided that it would attempt to tender the police statement. This decision necessitated a *voir dire*. Because there was no time for a *voir dire* on September 16, 2015, the judge adjourned the trial to March 2, 2016. While the Crown has the prosecutorial discretion to change its strategy, the manner in which it exercised its discretion led to a lengthy adjournment. The period of time between September 17, 2015 and March 2, 2016 is Crown delay.

[191] *March 3, 2016 — July 28, 2016 (4¾ months)*: A number of factors were in flux over this period of time. Some of the delay was caused by K.J.M. arriving late to court. There were, however, other reasons for the delay during this period. The Crown decided to proceed with another matter instead of waiting for K.J.M. to arrive, a forensics report was disclosed late, the time for the *voir dire* was under-estimated, and there were scheduling restrictions at the courthouse. Like Veldhuis J.A., we are of the view that this delay was partly caused by both parties and partly caused by institutional delay. We endorse her allocation of

[188] *Période allant du 12 avril 2015 au 29 juin 2015 (deux mois et demi)* : Pendant cette période, K.J.M. a retenu les services d'un avocat, une audience relative à la mise en liberté sous caution a été tenue et les parties étaient prêtes à fixer une date pour le procès. Cette période constitue un délai inhérent à l'affaire.

[189] *Période allant du 30 juin 2015 au 16 septembre 2015 (deux mois et demi)* : L'avocat de la défense souhaitait fixer le début du procès au 29 juin 2015, mais le tribunal ne siégeait pas à Fort McMurray, en raison des vacances judiciaires. Le procès a été fixé au 16 septembre 2015. Cette période constitue un délai institutionnel.

[190] *Période allant du 17 septembre 2015 au 2 mars 2016 (cinq mois et demi)* : Le procès devait débuter à 9 h 30 le 16 septembre 2015. Cependant, il a été reporté à la séance de l'après-midi, car le ministère public comptait faire témoigner une seule personne et n'avait pas l'intention de déposer la déclaration que K.J.M. avait faite à la police. Les plans ont changé pendant l'heure du déjeuner et l'avocat du ministère public a décidé qu'il tenterait de déposer la déclaration en question. Cette décision a entraîné l'obligation de tenir un voir-dire. Puisque ce dernier ne pouvait avoir lieu le 16 septembre 2015, faute de temps, le procès a été reporté au 2 mars 2016. Même si le ministère public est investi d'un pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites qui lui permet de modifier sa stratégie, la façon dont il a exercé ce pouvoir a mené à un long ajournement. La période allant du 17 septembre 2015 au 2 mars 2016 constitue un délai imputable au ministère public.

[191] *Période allant du 3 mars 2016 au 28 juillet 2016 (quatre mois et trois quarts)* : Plusieurs facteurs ont évolué durant cette période. Une portion du délai a été causée par l'arrivée tardive de K.J.M. au tribunal. D'autres raisons expliquent toutefois également le délai. Le ministère public a décidé de passer à une autre affaire plutôt que d'attendre l'arrivée de K.J.M., un rapport d'expertise médico-légale a été communiqué tardivement, la période nécessaire à la tenue du voir-dire a été sous-estimée et il y avait des contraintes d'horaire au palais de justice. À l'instar de la juge Veldhuis, nous estimons que ce retard a été

the delay: it is appropriate to attribute one month to neutral delay and the remaining 3¾ months to institutional delay.

[192] *July 29, 2016 — September 6, 2016 (1¼ months)*: The trial continued on July 28, 2016, the *voir dire* was concluded, and the Crown closed its case. The matter was adjourned until September 6, 2016, for a decision on the *voir dire*. This time period is inherent delay.

[193] *September 7, 2016 — October 4, 2016 (1 month)*: This is the time period discussed above in relation to the missing transcript. We agree with Veldhuis J.A. that this period is institutional delay.

[194] *October 5, 2016 — November 2, 2016 (1 month)*: The judge ruled that K.J.M.'s statement was inadmissible on October 4, 2016. On October 19, 2016, K.J.M. testified, and the defence closed its case. The matter was adjourned to October 24, 2016, to hear the s. 11(b) application, which was dismissed. The matter was again adjourned, this time to November 2, 2016, for argument on the merits. Arguments were heard on November 2, 2016, and judgment was reserved until November 9, 2016. We are of the view that the time between October 5, 2016 and November 2, 2016 is inherent delay.

[195] We would therefore, in accordance with the prior state of the law, allocate 4¾ months to inherent delay, 7¼ months to institutional delay, no time to defence delay, 5½ months to Crown delay, 1 month to neutral delay. Under *Morin*, 8 to 10 months of institutional and Crown delay was considered reasonable in proceedings against adults in provincial court. As we have already discussed, however, timeliness has always had a heightened significance in youth proceedings, and the jurisprudence on delay in youth proceedings adapted these timeframes accordingly. In *M. (G.C.)*, Osborne J.A. suggested that only 5 to 6 months of institutional and Crown delay would be reasonable for youth justice court proceedings

causé partiellement par les deux parties et partiellement par un délai institutionnel. Nous approuvons sa répartition du délai : soit une période d'un mois de délai neutre et la période de trois mois et trois quarts qui reste de délai institutionnel.

[192] *Période allant du 29 juillet 2016 au 6 septembre 2016 (un mois et quart)* : Le procès a repris le 28 juillet 2016, le *voir-dire* a pris fin et le ministère public a clos sa preuve. L'affaire a été reportée au 6 septembre 2016 en vue d'une décision sur le *voir-dire*. Cette période constitue un délai inhérent.

[193] *Période allant du 7 septembre 2016 au 4 octobre 2016 (un mois)* : Il s'agit de la période commentée plus haut au sujet de la transcription manquante. Nous convenons avec la juge Veldhuis qu'il s'agit d'un délai institutionnel.

[194] *Période allant du 5 octobre 2016 au 2 novembre 2016 (un mois)* : La juge a décidé le 4 octobre 2016 que la déclaration de K.J.M. était inadmissible. Le 19 octobre 2016, K.J.M. a témoigné et la défense a clos sa preuve. L'affaire a été reportée au 24 octobre 2016 en vue d'une audience relative à la demande fondée sur l'al. 11b), qui a été rejetée. L'affaire a de nouveau été ajournée, cette fois au 2 novembre 2016, pour la présentation des plaidoiries sur le fond. Cette présentation a eu lieu le 2 novembre 2016 et le jugement a été mis en délibéré jusqu'au 9 novembre 2016. À notre avis, le délai qui s'est écoulé entre le 5 octobre 2016 et le 2 novembre 2016 constitue un délai inhérent.

[195] Compte tenu de l'état antérieur du droit, nous attribuerions donc une période de quatre mois et trois quarts à un délai inhérent, une période de sept mois et quart à un délai institutionnel, une période de cinq mois et demi à un délai imputable au ministère public, et une période d'un mois à un délai neutre. Nous n'imputerions par ailleurs aucun délai à la défense. Dans l'arrêt *Morin*, une période de huit à dix mois de délai institutionnel et de délai imputable au ministère public a été jugée raisonnable dans le cas de poursuites intentées contre des adultes devant une cour provinciale. Cependant, comme nous l'avons déjà souligné, la rapidité a toujours eu une plus grande importance dans les poursuites mettant en cause des

(p. 236). In this case, the total institutional and Crown delay was 12³/₄ months. As this calculation more than doubles the *M. (G.C.)* guidelines for youth proceedings and even exceeds the *Morin* guidelines for adults, this factor militates strongly in favour of granting a stay.

[196] Turning next to the parties' response to the delay, the majority acknowledges the defence acted responsibly throughout the proceedings, but faults defence counsel for failing to "show that the appellant was committed to having the case tried as quickly as possible" (para. 105). With respect, we disagree with the majority's underlying logic and its characterization of the defence's attitude towards delay. Defence counsel should not have to beg for timely proceedings in order to receive a trial within a reasonable time in accordance with s. 11(b) of the *Charter*. We share Veldhuis J.A.'s view, moreover, that the defence was motivated to bring this matter to an expeditious conclusion from the beginning. K.J.M. entered an early plea, his counsel repeatedly noted his concerns about delay, and indicated that K.J.M. was not waiving his s. 11(b) rights. Even in the face of the late disclosure of a forensics report, the defence agreed to proceed with the trial. The defence clearly made every effort to get the matter resolved in a timely manner. The same motivation cannot be attributed to the Crown, whose prosecutorial decisions significantly lengthened the proceedings. Taken together, the parties' response to the delay, in our view, weighs in favour of granting a stay.

adolescents, et les tribunaux saisis de ce type de poursuite ont adapté ces délais en conséquence. Dans l'arrêt *M. (G.C.)*, le juge Osborne a souligné qu'une période de cinq à six mois seulement de délai institutionnel et de délai imputable au ministère public serait raisonnable dans le cas des affaires portées devant le tribunal pour adolescents (p. 236). Dans la présente affaire, le délai institutionnel et celui imputable au ministère public représentaient une période de douze mois et trois quarts au total. Étant donné que ce résultat équivaut à plus du double des lignes directrices établies dans l'arrêt *M. (G.C.)* pour les affaires mettant en cause les adolescents et dépasse même celles établies par l'arrêt *Morin* à l'égard des adultes, ce facteur milite fortement en faveur de l'arrêt des procédures.

[196] En ce qui concerne les mesures que les parties ont prises pour atténuer les délais, les juges majoritaires reconnaissent que la défense a agi de manière responsable tout au long de l'instance, mais reprochent tout de même à l'avocat de la défense de ne pas avoir « démontré que l'appelant était résolu à faire instruire la cause le plus rapidement possible » (par. 105). En toute déférence, nous ne souscrivons pas au raisonnement de nos collègues majoritaires et à leur qualification de l'attitude de la défense à l'égard du délai. L'avocat de la défense ne devrait pas avoir à insister pour que les procédures se déroulent rapidement afin que son client soit jugé dans un délai raisonnable comme le garantit l'al. 11b) de la *Charte*. Qui plus est, à l'instar de la juge Veldhuis, nous croyons que la défense souhaitait dès le départ que l'affaire soit résolue le plus rapidement possible. K.J.M. a déposé son plaidoyer sans tarder, son avocat a répété à maintes reprises ses préoccupations au sujet du délai et a fait savoir que K.J.M. ne renonçait pas aux droits que lui garantit l'al. 11b). Malgré la communication tardive d'un rapport d'expertise médico-légale, la défense a accepté de poursuivre le procès. Manifestement, la défense a fait tous les efforts voulus pour que l'affaire soit résolue rapidement. Nous ne saurions en dire autant de l'avocat du ministère public, dont les décisions stratégiques ont considérablement prolongé l'instance. À notre avis, examinées ensemble, les mesures que les parties ont prises pour atténuer les délais militent en faveur de l'arrêt des procédures.

[197] Finally, prejudice. Under the prior law, the degree of prejudice suffered by the accused was an important factor in determining how much institutional delay would be tolerated. In *R. v. Godin*, 2009 SCC 26, [2009] 2 S.C.R. 3, at para. 30, the Court noted the three interests protected by s. 11(b):

... liberty, as regards to pre-trial custody or bail conditions; security of the person, in the sense of being free from the stress and cloud of suspicion that accompanies a criminal charge; and the right to make full answer and defence, insofar as delay can prejudice the ability of the defendant to lead evidence, cross-examine witnesses, or otherwise to raise a defence.

[198] While it may be true that K.J.M. did not lead evidence of actual prejudice, it can certainly be presumed based on the uniquely prejudicial impact delay has on young persons. As Veldhuis J.A. noted (at para. 150):

... significant prejudice can be inferred simply given the appellant's age. As a young person, his ability to appreciate the connection between his behaviour and its consequences is less developed than it is for adults. The long delay in this case may have lessened the appellant's ability to learn from and be effectively rehabilitated following the incident. Further, the proceedings continued for a relatively significant portion of his life, likely exacerbating the impact of the stress and cloud of suspicion he lived under, as well as the impact of the period he was subject to bail conditions. Finally, the appellant's ability to make full answer and defence may have been prejudiced given the tendency for young persons' memories to fade relatively quickly when compared with adults.

[199] The final step for transitional cases is to weigh all the relevant factors so as to decide whether a stay should be granted. As Veldhuis J.A. noted, the seriousness of the matter was an important consideration under the prior law — the more serious the incident, the greater society's interest in seeing the case proceed to trial. This was a serious incident,

[197] Pour terminer, examinons la question du préjudice. Suivant l'état du droit applicable avant l'arrêt *Jordan*, le degré de préjudice subi par l'accusé était un facteur important à prendre en compte pour déterminer le délai institutionnel qui serait toléré. Dans l'arrêt *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, [2009] 2 R.C.S. 3, au par. 30, la Cour a souligné les trois intérêts de l'accusé que protège l'al. 11b) :

... sa liberté, en ce qui touche sa détention avant procès ou ses conditions de mise en liberté sous caution; la sécurité de sa personne, c'est-à-dire ne pas avoir à subir le stress et le climat de suspicion que suscite une accusation criminelle; et le droit de présenter une défense pleine et entière, dans la mesure où les délais écoulés peuvent compromettre sa capacité de présenter des éléments de preuve, de contre-interroger les témoins ou de se défendre autrement.

[198] Même s'il est vrai que K.J.M. n'a pas présenté d'éléments de preuve établissant le préjudice qu'il a subi, ce préjudice peut certainement être présumé, eu égard aux effets défavorables uniques des délais pour les adolescents. Comme l'a expliqué la juge Veldhuis (par. 150) :

[TRADUCTION] ... l'âge de l'appelant permet à lui seul de présumer qu'il a subi un préjudice important. En tant qu'adolescent, il est moins en mesure qu'un adulte de comprendre le lien entre son comportement et les conséquences de ce dernier. Le long délai qui s'est écoulé en l'espèce peut avoir affaibli la capacité de l'appelant de tirer des leçons de l'incident et de se réadapter. De plus, l'instance s'est poursuivie pendant une partie relativement importante de sa vie, ce qui a sans doute exacerbé les effets du stress et du climat de suspicion dans lequel il vivait, ainsi que l'impact des conditions dont sa mise en liberté sous caution a été assortie. Enfin, il se pourrait que la capacité de l'appelant de présenter une défense pleine et entière ait été compromise, étant donné que les adolescents ont tendance à oublier plus rapidement que les adultes.

[199] La dernière étape de l'analyse des dossiers visés par la mesure transitoire exceptionnelle consiste à soupeser tous les facteurs pertinents afin de déterminer s'il y a lieu de prononcer l'arrêt des procédures. Ainsi que l'a souligné la juge Veldhuis, la gravité de l'affaire était auparavant un facteur important à prendre en compte — plus l'incident

one which left the victim with significant injuries and permanent facial scars.

[200] Against the seriousness of the offence, we weigh the factors militating in favour of granting a stay. These include K.J.M.'s young age — 15 years old at the time of the charge, and nearly 17 years old when convicted. This represents a substantial portion of his life, and we would infer significant prejudice from the delay here. The case itself was not unduly complex. In light of the foregoing, particularly the parties' response to delay, K.J.M.'s age and the length of the proceedings in their entirety, the 12¾ months of institutional and Crown delay is unreasonable. This unreasonable delay outweighs the seriousness of the offence.

[201] In the result, we would find that the delay in K.J.M.'s case is not justified by the transitional exception. Even relying on the prior law, the Crown has not demonstrated that the delay in this case was reasonable.

Conclusion

[202] We would allow the appeal. K.J.M.'s constitutional right to a trial within a reasonable time was infringed, and we would therefore grant a stay of proceedings.

The following are the reasons delivered by

[203] KARAKATSANIS J. (dissenting) — Section 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* protects the right of an accused to be tried within a reasonable time. When this Court decided *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, it did so to address the widespread culture of complacency towards delay throughout the criminal justice system. This Court set out a new framework for s. 11(b) applications, acknowledging its “role to play

était grave, plus la société avait un intérêt pressant à ce que l'affaire soit jugée sur le fond. Les faits dont il s'agissait en l'espèce étaient graves, puisque la victime a subi de sérieuses blessures et gardera des cicatrices permanentes au visage.

[200] Passons maintenant aux facteurs qui militent plutôt en faveur de l'arrêt des procédures. Ces facteurs comprennent le jeune âge de K.J.M. — il était âgé de 15 ans lors du dépôt des accusations et de près de 17 ans lorsqu'il a été déclaré coupable. Cette période représente une partie importante de sa vie, ce qui nous incite à conclure à un préjudice important découlant du délai. L'affaire elle-même n'était pas très complexe. Eu égard à ce qui précède, notamment les mesures que les parties ont prises pour atténuer les délais, l'âge de K.J.M. et la durée de l'ensemble de l'instance, la période de douze mois et trois quarts correspondant au délai institutionnel et au délai imputable au ministère public est un délai déraisonnable. Ce délai déraisonnable l'emporte sur la gravité de l'infraction.

[201] En conséquence, nous concluons que le délai dans le cas de K.J.M. n'est pas justifié au regard de la mesure transitoire exceptionnelle. Même en se fondant sur l'état antérieur du droit, le ministère public n'a pas établi que le délai a été raisonnable en l'espèce.

Conclusion

[202] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi. Le droit constitutionnel de K.J.M. d'être jugé dans un délai raisonnable a été violé et, en conséquence, nous prononcerions l'arrêt des procédures.

Version française des motifs rendus par

[203] LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) — L'alinéa 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à tout inculpé le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Lorsqu'elle a rendu sa décision dans l'affaire *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, la Cour s'est attaquée à la culture généralisée de complaisance à l'égard des délais qui existait dans l'ensemble du système de justice criminelle. La Cour a établi un nouveau

in changing courtroom culture and facilitating a more efficient criminal justice system, thereby protecting the right to trial within a reasonable time” (para. 45).

[204] At the heart of the *Jordan* framework is a ceiling beyond which a delay is deemed presumptively unreasonable: 18 months for cases going to trial in provincial courts, and 30 months for cases in superior courts. For cases in which the total delay falls *below* the presumptive ceiling, the onus is on the defence to show that the delay is unreasonable.

[205] In the instant case, we must apply this framework to the appellant, K.J.M., a “young person” charged under the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 (*YCJA*). The appellant was found guilty of aggravated assault contrary to s. 268 and possession of a weapon for dangerous purposes contrary to s. 88(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. In total, 18 months and 28 days elapsed from the date charges were filed against him to the date of the verdict. K.J.M.’s motion to stay proceedings under s. 11(b) of the *Charter* was denied.

[206] The legal issue at the core of this appeal is whether the *Jordan* framework can adequately accommodate the increased need for timeliness mandated by the *YCJA* in cases involving accused who are “young persons”,⁴ or whether a separate presumptive ceiling is required to give effect to their s. 11(b) rights.

⁴ Section 2(1) of the *YCJA* defines the term “young person” as generally meaning “a person who is or, in the absence of evidence to the contrary, appears to be twelve years old or older, but less than eighteen years old”. The statutory definition also extends to “any person who is charged under [the *YCJA*] with having committed an offence while he or she was a young person”.

cadre d’analyse pour évaluer les demandes fondées sur l’al. 11b), reconnaissant le « rôle [qu’elle était appelée] à jouer afin de modifier la culture en salle d’audience et d’aider à rendre le système de justice criminelle plus efficace, protégeant ainsi le droit à un procès dans un délai raisonnable » (par. 45).

[204] Essentiellement, le cadre d’analyse adopté dans l’arrêt *Jordan* établit un plafond présumé au-delà duquel le délai est présumé déraisonnable : soit 18 mois pour les affaires instruites devant une cour provinciale, et 30 mois pour les affaires jugées par une cour supérieure. Lorsque le délai est *inférieur* au plafond présumé, il incombe à la défense de démontrer qu’il est déraisonnable.

[205] En l’espèce, nous devons appliquer ce cadre d’analyse à l’appelant, K.J.M., un « adolescent » accusé en application de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1 (*LSJPA*). Il a été déclaré coupable de voies de fait graves et de possession d’une arme dans un dessein dangereux, des infractions décrites respectivement à l’art. 268 et au par. 88(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Il s’est écoulé un délai total de 18 mois et 28 jours entre le dépôt des accusations contre lui et la date du verdict. La requête de K.J.M. en arrêt des procédures fondée sur l’al. 11b) de la *Charte* a été rejetée.

[206] La question de droit au cœur du présent pourvoi est celle de savoir si le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Jordan* permet de répondre adéquatement à la nécessité accrue de traiter rapidement les affaires mettant en cause des inculpés qui sont « adolescents »⁴ qu’impose la *LSJPA*, ou s’il est nécessaire de prévoir un plafond présumé distinct afin de donner effet aux droits qui sont garantis à ces derniers par l’al. 11b).

⁴ Selon la définition qu’en donne le par. 2(1) de la *LSJPA*, le terme « adolescent » désigne généralement « [t]oute personne qui, étant âgée d’au moins douze ans, n’a pas atteint l’âge de dix-huit ans ou qui, en l’absence de preuve contraire, paraît avoir un âge compris entre ces limites ». La définition législative vise également « toute personne qui, sous le régime de la [*LSJPA*], est [. . .] accusée d’avoir commis une infraction durant son adolescence ».

I. The Appropriate Approach to Unreasonable Delays in the Youth Criminal Justice System

[207] The application of *Jordan* in this context must be premised on the distinct and separate nature of the youth criminal justice system. Parliament has mandated that “the criminal justice system for young persons must be separate from that of adults” (*YCJA*, s. 3(1)(b)). As Abella and Brown JJ. explain, Parliament’s intentions, Canada’s international obligations, and our jurisprudence suggest that, “[g]iven the heightened vulnerability of young persons . . . and their diminished moral blameworthiness, enhanced — and robust — procedural protections” are required for young people; there is, therefore, a “need for a separate and distinct regime for trying young persons charged with criminal offences” (para. 143).

[208] This separate criminal justice system recognizes the greater prejudicial impact of delay on young persons and, consequently, mandates greater efforts to ensure timeliness in cases involving young accused. This is codified in the *YCJA*, which provides that the youth criminal justice system must emphasize two factors: “timely intervention” to “reinforc[e] the link between the offending behaviour and its consequences” (s. 3(1)(b)(iv)); and “promptness and speed”, given a young person’s accelerated perception of time (s. 3(1)(b)(v)). The greater need for timeliness in cases involving young accused was recognized by this Court in jurisprudence predating the *YCJA* (*R. v. D. (S.)*, [1992] 2 S.C.R. 161, at p. 162). Therefore, I also agree with Abella and Brown JJ. that “a core tenet of the separate youth criminal justice system is the need for enhanced timeliness for proceedings against young persons” (para. 149) and that this must guide the way the *Jordan* framework should be applied to the youth criminal justice system.

I. L’approche à adopter en matière de délais déraisonnables dans le système de justice pénale pour les adolescents

[207] L’application de l’arrêt *Jordan* dans ce contexte doit être fondée sur le caractère distinct du système de justice pénale pour les adolescents. Selon la volonté du législateur, « le système de justice pénale pour les adolescents doit être distinct de celui pour les adultes » (*LSJPA*, al. 3(1)b)). Comme l’expliquent les juges Abella et Brown, « la nécessité d’appliquer un régime distinct pour juger les inculpés adolescents accusés d’infractions criminelles » et d’accorder à ceux-ci « des protections procédurales supplémentaires — et solides » ressort des intentions du législateur, des obligations internationales du Canada et de notre jurisprudence, et elle s’explique par « la plus grande vulnérabilité des adolescents [et par] leur culpabilité morale moindre » (par. 143).

[208] Ce système de justice pénale distinct reconnaît l’effet préjudiciable plus important qu’ont les délais sur les adolescents, ce qui implique qu’il faille déployer des efforts plus importants pour garantir que les affaires mettant en cause des inculpés adolescents soient jugées rapidement. Ce principe est codifié par la *LSJPA*, qui précise que le système de justice pénale pour les adolescents doit mettre l’accent sur deux facteurs, à savoir, d’une part, « la prise de mesures opportunes » pour « établi[r] clairement le lien entre le comportement délictueux et ses conséquences » (sous-al. 3(1)b)(iv)) et, d’autre part, « la diligence et la célérité », compte tenu du sens accéléré qu’a le temps dans la vie des adolescents (sous-al. 3(1)b)(v)). La Cour avait déjà reconnu la nécessité accrue de traiter rapidement les affaires mettant en cause des inculpés adolescents dans une décision rendue avant l’entrée en vigueur de la *LSJPA* (*R. c. D. (S.)*, [1992] 2 R.C.S. 161, p. 162). J’abonde donc aussi dans le sens de mes collègues les juges Abella et Brown lorsqu’ils affirment « qu’une des principales assises du système distinct de justice pénale pour les adolescents résid[e] dans la nécessité de veiller à ce que les poursuites intentées contre ceux-ci soient menées à terme plus rapidement » (par. 149) et que ce principe doit nous guider quant à la façon dont il faut appliquer le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Jordan* au système de justice pénale pour les adolescents.

[209] However, despite these shared foundations, I part company with Abella and Brown JJ. when they conclude that the framework in *Jordan* requires the adoption of a separate presumptive ceiling in the *YCJA* context. In my view, a separate ceiling is neither warranted nor necessary to accommodate the distinct characteristics of young accused and the youth criminal justice system. Rather, I agree with the conclusion reached by Moldaver J. that the presumptive ceilings set out in *Jordan* also apply in the context of the youth criminal justice system. Adopting a more robust approach to examining the reasonableness of delays falling below the presumptive ceiling provides protection for the s. 11(b) rights of young accused. I reach this conclusion for several reasons.

[210] First, creating a lower presumptive ceiling for young accused does not align with this Court's reasons in *Jordan*. In *Jordan*, this Court recognized that prior judicial attempts to give meaning to the right to be tried without undue delay had ultimately proved unsuccessful. Despite this Court's decisions in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, and *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, the "culture of complacency towards delay" was systemic (*Jordan*, at para. 40). It was beyond dispute in *Jordan* that *extraordinary* measures were required in order to give effect to the s. 11(b) *Charter* right.

[211] Setting a presumptive ceiling was not a step lightly taken. Indeed, the Court specifically noted that a "presumptive ceiling is required in order to give meaningful direction to the state on its constitutional obligations and to those who play an important role in ensuring that the trial concludes within a reasonable time" (*Jordan*, at para. 50 (emphasis added)). In this case, there is no evidence before the Court that the youth criminal justice system itself suffers from endemic delays that would justify the Court to take the exceptional judicial step of setting a new presumptive ceiling. The creation of a separate

[209] Même si je suis d'accord avec eux quant à ces prémisses, je me dissocie des juges Abella et Brown lorsqu'ils concluent que le cadre d'analyse défini dans l'arrêt *Jordan* exige qu'on adopte un plafond présumé distinct dans le contexte de la *LSJPA*. À mon avis, il n'est ni justifié ni nécessaire d'établir un plafond distinct pour tenir compte des caractéristiques propres aux inculpés adolescents et du système de justice pénale créé pour eux. Je souscris plutôt à la conclusion du juge Moldaver suivant laquelle les plafonds présumés établis dans l'arrêt *Jordan* s'appliquent aussi dans le contexte du système de justice pénale pour les adolescents. La protection des droits des inculpés adolescents garantis par l'al. 11b) est assurée par l'adoption d'une approche plus rigoureuse lors de l'analyse du caractère raisonnable des délais inférieurs au plafond présumé. J'en arrive à cette conclusion pour plusieurs motifs.

[210] Tout d'abord, l'établissement d'un plafond présumé inférieur pour les inculpés adolescents ne serait pas cohérent avec les motifs exposés par la Cour dans l'arrêt *Jordan*. En effet, celle-ci y a reconnu l'échec des tentatives antérieures des tribunaux pour dégager le sens du droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Malgré les décisions de la Cour dans les arrêts *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, et *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, la « culture de complaisance vis-à-vis [d]es délais » était devenue systémique (*Jordan*, par. 40). Il était évident pour la Cour, dans l'affaire *Jordan*, qu'il fallait prendre des mesures *extraordinaires* afin de donner effet aux droits garantis par l'al. 11b) de la *Charte*.

[211] La décision d'établir un plafond présumé n'a pas été prise à la légère. D'ailleurs, la Cour a expressément souligné qu'un « plafond présumé est nécessaire pour donner des directives valables à l'État sur ses obligations constitutionnelles ainsi qu'aux personnes qui jouent un rôle important pour garantir que le procès se conclut dans un délai raisonnable » (*Jordan*, par. 50 (je souligne)). Dans le cas qui nous occupe, la Cour ne dispose d'aucun élément de preuve qui permettrait de conclure que le système de justice pénale pour les adolescents souffre lui-même d'un problème

ceiling in the youth context would be unwarranted on the record before the Court.

[212] Further, I do not accept that a failure to lower the ceiling puts young accused at a disadvantage compared to their adult counterparts and deprives them of the benefits that *Jordan* extended through the implementation of presumptive ceilings for delay. Young accused benefit from the presumptive 18-month ceiling set out in *Jordan* for cases going to trial in provincial courts under which youth justice courts generally fall.⁵ In addition, it is reasonable to presume that the entire criminal justice system, including the youth system, will ultimately benefit from positive initiatives generated in response to the presumptive ceilings established in *Jordan*.

[213] I also reject the argument that a lower presumptive ceiling is required to account for the unique prejudice that young persons suffer as a result of delay. In my view, the increased prejudice and the special considerations for young persons codified in the *YCJA* are both best accounted for through the below-ceiling test in *Jordan*. Indeed, although *Jordan* stressed the importance of the presumptive ceilings, this was not the “end of the exercise” and “compelling case-specific factors remain relevant to assessing the reasonableness of a period of delay both above and below the ceiling” (para. 51).

de délais endémiques qui justifierait le recours à la mesure judiciaire exceptionnelle que constituerait la création d’un nouveau plafond présumé. L’établissement d’un plafond distinct pour les adolescents ne serait pas justifié au vu du dossier dont la Cour est saisie.

[212] De plus, je ne suis pas d’accord pour dire que le refus d’établir un plafond inférieur place les inculpés adolescents dans une situation désavantageuse par rapport aux accusés adultes et les prive des avantages que l’arrêt *Jordan* a conférés en établissant des plafonds présumés en ce qui a trait aux délais. Les inculpés adolescents bénéficient du plafond présumé de 18 mois établi dans l’arrêt *Jordan* dans les affaires faisant l’objet d’un procès devant les cours provinciales dont relèvent généralement les tribunaux pour adolescents⁵. De plus, il est raisonnable de présumer que l’ensemble du système de justice pénale, y compris celui pour les adolescents, bénéficiera ultimement des mesures favorables qui seront prises en réponse aux plafonds présumés établis dans l’arrêt *Jordan*.

[213] Je rejette aussi l’argument selon lequel il est nécessaire d’établir un plafond présumé inférieur pour tenir compte du préjudice particulier que subissent les adolescents du fait d’un délai. À mon avis, recourir au test applicable aux délais inférieurs au plafond établi dans l’arrêt *Jordan* constitue la meilleure façon de tenir compte du préjudice plus important que subissent les adolescents ainsi que des facteurs particuliers qui s’appliquent à eux et qui sont codifiés par la *LSJPA*. D’ailleurs, bien qu’il souligne l’importance du plafond présumé, l’arrêt *Jordan* ajoute qu’il ne marque pas « la fin de l’exercice » et que « les facteurs déterminants et propres à l’affaire demeurent pertinents pour apprécier le caractère raisonnable tant du délai supérieur au plafond que de celui inférieur à ce dernier » (par. 51).

⁵ Sections 13(2) and 13(3) of the *YCJA* provide that a superior court of criminal jurisdiction is deemed to be a youth justice court where the accused either elects or is deemed to have elected trial by judge and jury or by judge alone.

⁵ Les paragraphes 13(2) et (3) de la *LSJPA* prévoient que la cour supérieure de juridiction criminelle est réputée constituer un tribunal pour adolescents lorsque l’accusé choisit ou est réputé avoir choisi d’être jugé par un juge et un jury ou par un juge sans jury.

II. Adapting the “Below-Ceiling” Test

[214] The below-ceiling test was set out as follows in *Jordan*:

If the total delay from the charge to the actual or anticipated end of trial (minus defence delay or a period of delay attributable to exceptional circumstances) falls *below* the presumptive ceiling, then the onus is on the defence to show that the delay is unreasonable. To do so, the defence must establish that (1) it took meaningful steps that demonstrate a sustained effort to expedite the proceedings, and (2) the case took markedly longer than it reasonably should have. [Emphasis in original; para. 48.]

[215] Adapting *Jordan* in the context of the youth criminal justice system by way of the below-ceiling test gives effect to the s. 11(b) rights of young accused in two ways. First, it gives them the benefit of a presumptive ceiling as mandated in *Jordan*. As well, the below-ceiling test is sufficiently flexible to incorporate general considerations concerning the unique impact of delay on young accused and the greater need for timeliness in the youth criminal justice system.

[216] In order to do this, the application of the below-ceiling test must recognize the fundamental principle that the youth criminal justice system is distinct from the general criminal justice system. The preamble of the *YCJA* mandates that “Canadian society should have a youth criminal justice system that . . . fosters responsibility and ensures accountability through meaningful consequences and effective rehabilitation and reintegration”. Timeliness is integral to this statutory mandate, as detailed in s. 3(1)(b)(iv) and (v) of the *YCJA*.

[217] The greater need for timeliness, including the unique prejudicial impact of delay on youth, are not simply “case-specific factors” — such as the

II. Adaptation du test applicable aux délais « inférieurs au plafond »

[214] Le test applicable aux délais inférieurs au plafond a été énoncé comme suit dans l’arrêt *Jordan* :

Si le délai total entre le dépôt des accusations et la conclusion réelle ou anticipée du procès (moins le délai imputable à la défense et la période découlant de circonstances exceptionnelles) se situe *en deçà* du plafond présumé, il incombe à la défense de démontrer le caractère déraisonnable du délai. Pour ce faire, elle doit prouver (1) qu’elle a pris des mesures utiles qui font la preuve d’un effort soutenu pour accélérer l’instance, et (2) que le procès a été nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être. [En italique dans l’original; par. 48.]

[215] En adaptant l’arrêt *Jordan* au contexte du système de justice pénale pour les adolescents au moyen du test applicable aux délais inférieurs au plafond, on donne effet aux droits garantis aux inculpés adolescents par l’al. 11b), et ce, de deux façons. Tout d’abord, on leur permet de bénéficier des plafonds présumés, comme le prescrit l’arrêt *Jordan*. Ensuite, le test applicable aux délais inférieurs au plafond est suffisamment souple pour qu’on puisse tenir compte des facteurs généraux quant aux effets particuliers des délais sur les inculpés adolescents et quant à la nécessité accrue de traiter rapidement les affaires mettant ces derniers en cause dans le système de justice pénale qui leur est propre.

[216] Pour ce faire, il faut, lorsqu’on applique le test applicable aux délais inférieurs au plafond, reconnaître le principe fondamental selon lequel le système de justice pénale pour les adolescents est distinct du système de justice pénale général. Le préambule de la *LSJPA* exige que « la société canadienne [ait] un système de justice pénale pour les adolescents qui [. . .] favorise la responsabilité par la prise de mesures offrant des perspectives positives, ainsi que la réadaptation et la réinsertion sociale ». La nécessité d’agir rapidement fait partie intégrante de cette mission législative, comme le précisent les sous-al. 3(1)b)(iv) et (v) de la *LSJPA*.

[217] La nécessité accrue de traiter rapidement les affaires mettant en cause des adolescents et, notamment, l’effet préjudiciable particulier des

personal attributes, characteristics or circumstances of a specific young accused — used to determine whether the delay in a given case was “markedly longer” than it reasonably should have been. Rather, these considerations play a larger role: they must suffuse and inform the entire analysis in order to give effect to the statutory mandates in the *YCJA*. Thus, *both* steps of the below-ceiling test must take into account, and be adapted to incorporate, the increased need for timeliness in the youth criminal justice system.

[218] As a result, I would add the following. *Jordan* was referring to the criminal justice system as a whole when this Court explained that it expects “stays beneath the ceiling to be rare, and limited to clear cases” (para. 48). This statement does not hold true for the youth criminal justice system. Most young persons accused of an offence will assert their rights under s. 11(b) of the *Charter* before their case reaches the 18 month presumptive ceiling (see, for example, *R. v. M. (G.C.)* (1991), 3 O.R. (3d) 223 (C.A.), at p. 236: “In general, youth court cases should be brought to trial within five to six months”; see also *R. v. L.B.*, 2014 ONCA 748, 325 O.A.C. 371, at para. 14). Indeed, given the legislatively mandated and greater need for timeliness in the youth criminal justice system, it necessarily follows that delay in a proceeding against a young accused will become “markedly longer than it reasonably should have [been]” sooner, perhaps significantly so, than it will in a proceeding against an adult.

[219] Therefore, stays below the ceiling in the youth context will not be “rare” or limited to “clear cases”. The incorporation of such language would effectively render any accommodations made for youth in the below-ceiling test ineffective. To the contrary, many cases involving young accused will,

délais sur ceux-ci ne sont pas de simples « facteurs propres à l’affaire » — au même titre que les traits personnels ou la situation de l’inculpé adolescent — dont on se sert pour déterminer si le délai dans un cas donné est « nettement plus long » que ce qu’il aurait dû raisonnablement être. Ces facteurs jouent de fait un rôle plus important : ils doivent imprégner et guider toute l’analyse pour donner effet à la mission législative exprimée par la *LSJPA*. Ainsi, les *deux* volets du test applicable aux délais inférieurs au plafond doivent tenir compte de la nécessité accrue de traiter rapidement les affaires régies par le système de justice pénale pour les adolescents et être modulés de manière à ce qu’on puisse l’y intégrer.

[218] J’ajouterais donc ce qui suit. Dans l’arrêt *Jordan*, la Cour songeait au système de justice pénale dans son ensemble lorsqu’elle a expliqué qu’elle s’attendait « à ce que les arrêts de procédures prononcés dans des cas où le délai est inférieur au plafond soient rares, et limités aux cas manifestes » (par. 48). Cet énoncé ne vaut pas pour le système de justice pénale pour les adolescents. La plupart des adolescents accusés d’une infraction invoquent l’al. 11b) de la *Charte* avant que le délai dans leur cause atteigne le plafond présumé de 18 mois (voir, par exemple, *R. c. M. (G.C.)* (1991), 3 O.R. (3d) 223 (C.A.), p. 236 : [TRADUCTION] « En général, les affaires portées devant les tribunaux pour adolescents devraient être jugées dans un délai de cinq ou six mois »; voir également *R. c. L.B.*, 2014 ONCA 748, 325 O.A.C. 371, par. 14). D’ailleurs, compte tenu de la nécessité accrue reconnue par la loi de traiter rapidement les causes régies par le système de justice pénale pour les adolescents, il s’ensuit nécessairement que le délai dans une instance contre un inculpé adolescent deviendra « nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être » plus tôt, et possiblement beaucoup plus tôt, que dans une instance concernant un adulte.

[219] Par conséquent, dans les affaires mettant en cause des adolescents, les arrêts de procédures dans les cas où le délai est inférieur au plafond ne seront ni « rares » ni limités aux « cas manifestes ». Dans les faits, l’incorporation de ces termes rendrait inefficaces les mesures prises pour tenir compte de

and should be, resolved before their case approaches the 18-month presumptive ceiling.

A. *Step 1: The Defence Took Meaningful Steps That Demonstrate a Sustained Effort to Expedite the Proceedings*

[220] It is particularly important that the conduct of the defence be examined liberally and generously in the youth context. Instead, Moldaver J. heightens the standard for defence initiative above even that which was set out in *Jordan*. While I agree that more than “[r]esigned acquiescence” is required, I disagree that the defence is required to “engage in proactive conduct throughout and show that the accused is committed to having the case tried as quickly as possible” (para. 83). In my view, this requires too much from the defence and thereby risks undermining the state’s general s. 11(b) obligation to try all accused without undue delay. *Jordan* imposed no requirement on the defence to engage in “proactive conduct” or to take steps to have the case tried “as quickly as possible”. Rather, the defence is required to act “reasonably and expeditiously” throughout the proceedings and take “meaningful, sustained steps to expedite the proceedings” (*Jordan*, at paras. 84-85).

[221] The *YCJA* effectively imposes responsibility on the state to expedite proceedings in the youth criminal justice system (s. 3(1)(b)(iv) and (v)). This necessarily affects what “meaningful steps” should be taken by the defence to expedite the proceedings. Therefore, in my view, the defence initiative required at the first step of the test will necessarily be less in the youth context than in the adult context. It will not normally present a high hurdle to granting a below-ceiling stay.

la situation particulière des adolescents au moment d’appliquer le test relatif aux délais inférieurs au plafond. Au contraire, un grand nombre d’affaires mettant en cause des adolescents sont — et doivent être — résolues avant que n’approche le plafond présumé de 18 mois.

A. *Premier volet du test : la défense a pris des mesures utiles et fait la preuve d’un effort soutenu pour accélérer la procédure*

[220] Il est particulièrement important d’examiner le comportement de la défense de façon large et généreuse lorsqu’il s’agit d’inculpés adolescents. Au lieu de cela, le juge Moldaver applique une norme plus exigeante que celle énoncée dans l’arrêt *Jordan* en ce qui concerne l’initiative dont la défense doit faire preuve. Bien que je convienne avec lui qu’il faut plus qu’un « acquiescement résigné », je ne suis pas d’accord avec lui pour dire que la défense « doit agir de manière proactive durant toute l’instance et démontrer que l’accusé est résolu à faire instruire son procès aussi rapidement que possible » (par. 83). À mon avis, un tel critère exige trop de la défense et risque par conséquent de compromettre l’obligation générale que l’al. 11b) impose à l’État de juger tous les accusés sans délai indu. L’arrêt *Jordan* n’exige pas de la défense qu’elle agisse de manière « proactive » ou qu’elle prenne des mesures pour faire instruire l’affaire « le plus rapidement possible ». Elle est plutôt tenue d’agir « de manière raisonnable et expéditive » tout au long de la procédure et de prendre « des mesures utiles et soutenues pour accélérer la procédure » (*Jordan*, par. 84-85).

[221] Suivant la *LSJPA*, il incombe effectivement à l’État d’accélérer la procédure dans le système de justice pénale pour les adolescents (sous-al. 3(1)(b)(iv) et (v)). Cette obligation a nécessairement une incidence sur le genre de « mesures utiles » que la défense devrait prendre pour accélérer la procédure. J’estime donc que l’initiative dont la défense doit faire preuve selon le premier volet du test est nécessairement moins exigeante dans le contexte de la justice pour adolescents que dans celui de la justice pour adultes. Elle ne constituera normalement pas un obstacle de taille à l’obtention d’un arrêt des procédures lorsque le délai est inférieur au plafond.

B. *Step 2: The Defence Must Establish That the Case Took Markedly Longer Than It Reasonably Should Have*

[222] Whether the time a case has taken *markedly exceeds* what is reasonable is determined by considering a “variety of factors, including the complexity of the case, local considerations, and whether the Crown took reasonable steps to expedite the proceedings” (*Jordan*, at para. 87 (emphasis added)). The list of factors is not closed.

[223] The second prong of the below-ceiling test can therefore, in many circumstances, be used to effectively account for the increased prejudice suffered by an accused from delays. For example, the assessment of whether a delay of a given duration “took markedly longer than it reasonably should have” would likely be different for an accused in custody, or awaiting trial on strict bail conditions compared to an accused who is subjected to relatively minimal restrictions on their liberty while awaiting trial. Obviously, the specific circumstances and individual characteristics of a young person, including his or her age, will impact this analysis.

[224] However, for young persons in the youth criminal justice system, the below-ceiling test also allows the court to take into account the reasonableness of delay based on the unique statutorily-mandated considerations codified in the *YCJA*. The fact that young accused fall under a separate criminal justice system, one in which the heightened prejudicial impact of delay and the resulting greater need for timeliness are recognized by legislation (s. 3(1)(b)(iv) and (v)), means that the length of time it should take to try a young accused will necessarily be shorter. The incorporation of these considerations thereby justifies a different and nuanced assessment of whether a given delay was “markedly longer” than it should have been in the youth context.

B. *Second volet du test : la défense doit démontrer que le procès a été nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être*

[222] Pour déterminer si le procès a été *nettement plus long* qu’il aurait dû raisonnablement l’être, on tient compte d’« une panoplie de facteurs, y compris la complexité du dossier, des considérations de nature locale, et la question de savoir si le ministère public a pris des mesures raisonnables pour accélérer l’instance » (*Jordan*, par. 87 (je souligne)). Cette liste de facteurs n’est pas exhaustive.

[223] Le second volet du test applicable aux délais inférieurs au plafond peut donc servir dans de nombreux cas à tenir effectivement compte du préjudice plus sérieux subi par un inculpé du fait du délai. Par exemple, la réponse à la question de savoir si un délai d’une durée déterminée « a été nettement plus long qu’il aurait dû raisonnablement l’être » sera probablement différente selon que l’accusé est en détention, en attente de son procès en étant soumis à des conditions strictes de mise en liberté sous caution, ou assujéti à des restrictions relativement minimales de sa liberté en attendant son procès. De toute évidence, les circonstances particulières de l’adolescent et sa situation individuelle, y compris son âge, auront une incidence sur cette analyse.

[224] Cela dit, pour les adolescents qui font l’objet de poursuites dans le système de justice pénale qui leur est propre, le test applicable aux délais inférieurs au plafond permet aussi à la cour de tenir compte du caractère raisonnable du délai en se fondant sur les facteurs particuliers qui sont prescrits par la *LSJPA* et qui y sont codifiés. Le fait que les inculpés adolescents soient justiciables d’un système de justice pénale distinct, au sein duquel la loi reconnaît (aux sous-al. 3(1)(b)(iv) et (v)) qu’ils subissent des effets préjudiciables plus importants du fait du délai et qu’il est d’autant plus nécessaire dans leur cas de traiter rapidement les affaires les mettant en cause signifie que le délai qui devrait s’écouler pour rendre une décision finale sera nécessairement plus court. La prise en compte de ces facteurs justifie donc une évaluation différente et nuancée de la question de savoir si un délai est « nettement plus long » qu’il aurait dû l’être dans le contexte de la justice pour les adolescents.

III. Note on Attribution of Delay Caused By Failed Extrajudicial Sanctions Programs

[225] Finally, I address the issue of diversion or extrajudicial sanctions (EJS) programs. In my view, it is neither necessary nor prudent to consider this issue in the instant case. There is no reference to EJS programs in the factual matrix, the submissions of the parties or, indeed, anywhere except for the submissions of a single intervener who asked that the Court consider this issue. In my view, this Court should exercise judicial restraint and, in the absence of full submissions and a factual context in which to properly analyze this issue, should not address it here.

[226] However, I express strong disagreement with my colleague's assertion that "it can reasonably be expected that [delay caused by failed attempts at EJS programs] will be deducted as defence delay" (Moldaver J.'s reasons, at para. 89). Nothing in the jurisprudence before or after *Jordan* suggests that such delays should be attributed to the defence.

[227] Moldaver J. suggests that his reasoning is based on "sound policy reasons", including the minimization of "the risk that authorities will refrain from using extrajudicial sanctions in the first place out of a fear that they may be increasing the likelihood of a stay in the event such measures fail" (para. 89). In my view, this reasoning is based upon a premise for which there is no support. Indeed, in cases where potential delays caused by an EJS program would risk breaching the presumptive 18-month ceiling, the Crown may choose to ask for a waiver of any delay that would result from the young accused failing to complete that program.

[228] I add that, in my view, it is wrong to count delays caused by failed attempts at EJS programs

III. Quelques observations sur l'imputation des délais par suite de l'échec de programmes de sanctions extrajudiciaires

[225] Pour terminer, je vais aborder le sujet des programmes prévoyant des mesures de rechange ou des sanctions extrajudiciaires. À mon avis, il n'est ni nécessaire ni prudent d'examiner cette question en l'espèce. Il n'est fait mention de programmes de sanctions extrajudiciaires ni dans les faits ni dans les observations des parties ni, en fait, nulle part ailleurs, sauf dans les observations d'un seul intervenant, qui a demandé à la Cour de se pencher sur cette question. Selon moi, la Cour devrait faire preuve de retenue judiciaire et, à défaut d'observations complètes et d'un contexte factuel permettant d'analyser correctement cette question, elle devrait s'abstenir de l'aborder en l'espèce.

[226] Il m'importe toutefois d'exprimer mon profond désaccord avec l'affirmation de mon collègue selon laquelle « on peut raisonnablement s'attendre à ce que [les délais découlant des tentatives infructueuses visant à appliquer des sanctions extrajudiciaires] soient déduits à titre de délai imputable à la défense » (motifs du juge Moldaver, par. 89). Rien dans la jurisprudence antérieure ou postérieure à l'arrêt *Jordan* ne permet de penser que de tels délais devraient être imputés à la défense.

[227] Le juge Moldaver laisse entendre que son raisonnement est fondé sur des « raisons de principe valables », et notamment sur la réduction du « risque que les autorités s'abstiennent d'avoir recours en premier lieu aux sanctions extrajudiciaires de crainte d'augmenter la probabilité qu'un arrêt des procédures soit prononcé advenant l'échec de ces mesures » (par. 89). Ce raisonnement repose selon moi sur une prémisse dénuée de tout fondement. En effet, dans les affaires où les éventuels délais causés par le recours à un programme de sanctions extrajudiciaires risqueraient de dépasser le plafond présumé de 18 mois, le ministère public peut choisir de demander à la défense de renoncer à invoquer tout délai entraîné par le fait que l'inculpé adolescent n'achèverait pas le programme.

[228] Je tiens à ajouter que, selon moi, on aurait tort de mettre sur le compte de l'accusé le délai

against the accused. Because these programs have been strongly promoted by Parliament in s. 4 of the *YCJA*, their use in the youth criminal justice system is extremely common. Attributing delays from failed attempts at EJS programs to the accused therefore has the practical effect of extending the presumptive ceiling for young accused beyond the 18-month ceiling that was set in *Jordan*. This would undermine the emphasis on timeliness that must be accommodated in the below-ceiling test for matters in the youth criminal justice system.

[229] Furthermore, it is unfair to attribute the delay from failed attempts at EJS programs to the accused. Diversion programs “allow for effective and timely interventions” and “are presumed to be adequate to hold a young person accountable for his or her offending behaviour” (*YCJA*, s. 4(b) and (c)). Participating in an EJS program is not a passive exercise and likely does little to alleviate the stress and uncertainty of being in the criminal justice system. Since these programs are endorsed by the state, prejudice from delay caused by these programs is no different from any other delay caused by state actors. In the same vein, it is unfair to attribute that delay solely to the defence when it might in fact be a constellation of factors that results in the inefficacy and ultimate failure of an EJS program. These factors may well include inefficiencies within the justice system itself.

IV. Application

[230] I agree with Abella and Brown JJ. on their calculation of the net total delay in this case as 18 months and 28 days.

[231] I also agree there is no evidence that the appellant’s late arrival on one of his court appearances caused the two to three months of delay Moldaver J.

attribuable à l’échec d’un programme de sanctions extrajudiciaires. Comme le législateur encourage fortement le recours à ces programmes à l’art. 4 de la *LSJPA*, on y recourt abondamment dans le système de justice pénale pour les adolescents. Attribuer à l’accusé le délai causé par l’échec d’un tel programme se traduirait en pratique par le prolongement du plafond présumé pour les inculpés adolescents au-delà du plafond présumé de 18 mois fixé par l’arrêt *Jordan*. Or, cela réduirait l’importance que l’on doit accorder au traitement rapide des affaires dans l’application du test relatif aux délais inférieurs au plafond pour les causes régies par le système de justice pénale pour les adolescents.

[229] De plus, il est injuste d’attribuer à l’accusé les délais découlant de l’échec d’un programme de sanctions extrajudiciaires. La prise de mesures extrajudiciaires par le biais de ces programmes « permet d’intervenir rapidement et efficacement » et est « présumé[e] [. . .] suffi[re] pour faire répondre les adolescents de leurs actes délictueux » (*LSJPA*, al. 4b) et c)). La participation à un programme de sanctions extrajudiciaires n’est pas une activité passive et elle contribue probablement fort peu à atténuer le stress et l’incertitude causés par le fait d’être traduit devant le système de justice pénale. Étant donné que ces programmes reçoivent l’appui de l’État, le préjudice entraîné par le délai résultant de leur application n’est pas différent de celui résultant de tout autre délai causé par des acteurs étatiques. Dans le même ordre d’idées, il est injuste d’imputer ce retard uniquement à la défense alors que, en fait, une multitude de facteurs — dont possiblement l’inefficacité du système judiciaire lui-même — pourrait être à l’origine de l’inefficacité et de l’échec ultime du programme de sanctions extrajudiciaires.

IV. Application

[230] Je suis d’accord avec le calcul que font les juges Abella et Brown, qui arrivent en l’espèce à un délai total de 18 mois et 28 jours.

[231] Je suis également d’accord avec eux pour dire que rien ne permet de penser que l’arrivée tardive de l’appelant à l’une de ses comparutions devant

attributes to the defence. While some delay may have been attributable to the appellant's lateness, it is unclear to what extent this *actually* impacted the delay in finding a date to complete the trial. I am concerned that simply applying a ratio of months of delay to hours of court time is arbitrary and may set a dangerous precedent, with the potential to lead to disproportionate results. Furthermore, as acknowledged by Moldaver J., the contribution of institutional factors to this delay is a reflection of systemic delay in the overall criminal justice system and should not be attributed *entirely* to the defence.

[232] In light of the difficulty in quantifying the amount of delay caused by the appellant's lateness, I would agree with Abella and Brown JJ. that there is insufficient evidence to attribute any period of delay to the appellant on this basis. Similarly, I agree with my colleagues that the transcript error "was the result of an administrative oversight that the justice system 'could reasonably have mitigated'" (Abella and Brown JJ.'s reasons, at para. 176) given that it was directly tied to court administration.

[233] I would therefore not characterize any of the total delay of 18 months and 28 days as either defence delay or delay resulting from discrete exceptional circumstances. The delay suffered by the appellant in this case thus breaches the 18-month presumptive ceiling for delay established by *Jordan*.

[234] However, as 80 percent of the proceedings took place before *Jordan* was decided, the transitional exception applies: it is therefore necessary to determine whether "the time the case has taken [to be tried] is justified based on the parties' reasonable reliance on the law as it previously existed" (*Jordan*, at para. 96). Like Abella and Brown JJ., I cannot accept that this delay can be justified under the transitional exception. I agree with their analysis that the Crown has failed to demonstrate on the evidence that the

le tribunal a causé le délai de deux à trois mois que le juge Moldaver impute à la défense. Bien que j'admette qu'un certain délai peut être imputable au manque de ponctualité de l'appelant, on ne sait pas avec certitude dans quelle mesure son retard a *réellement* eu une incidence sur la difficulté à trouver une date pour la reprise de l'audience. Je crains que le fait de se contenter d'appliquer un ratio de mois de retard par rapport au nombre d'heures d'audience ne soit arbitraire et ne crée un dangereux précédent, susceptible d'aboutir à des résultats disproportionnés. De plus, comme l'admet le juge Moldaver, le rôle que les facteurs administratifs ont joué dans ce retard n'est que le reflet des délais systémiques qui existaient dans l'ensemble du système de justice pénale et ne devrait pas être mis *entièrement* sur le compte de la défense.

[232] Compte tenu de la difficulté de chiffrer les délais causés par le retard de l'appelant, je suis d'accord avec les juges Abella et Brown pour dire que nous ne disposons pas de suffisamment d'éléments de preuve pour lui imputer une partie des délais pour ce motif. Je suis également d'accord avec mes collègues pour dire que l'erreur entourant la transcription a été « causé[e] par une erreur administrative [. . .] que le système judiciaire "[aurait] raisonnablement [pu] atténu[er]" » (motifs des juges Abella et Brown, par. 176), étant donné qu'elle était directement liée à l'administration de la justice.

[233] Je ne considère donc aucun des 18 mois et 28 jours du délai total comme un délai imputable à la défense ou comme un délai découlant d'événements exceptionnels distincts. Le délai subi par l'appelant en l'espèce dépasse donc le plafond présumé de 18 mois établi dans l'arrêt *Jordan*.

[234] Toutefois, comme 80 pour cent de l'instance s'est déroulée avant que l'affaire *Jordan* soit tranchée, la mesure transitoire exceptionnelle s'applique. Nous devons donc déterminer si « le temps qui s'est écoulé [avant que l'inculpé soit jugé] est justifié du fait que les parties se sont raisonnablement conformées au droit tel qu'il existait au préalable » (*Jordan*, par. 96). À l'instar des juges Abella et Brown, je ne puis accepter que, en l'espèce, le délai puisse se justifier par l'application de la mesure transitoire

delay in this case was reasonable based on a reliance on the previous state of the law.

[235] Therefore, despite the difference in our approaches, I reach the same conclusion as Abella and Brown JJ. The delay suffered by the appellant in this case was unreasonable and a stay should be granted. I would allow the appeal.

Appeal dismissed, ABELLA, KARAKATSANIS, BROWN and MARTIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Dawson Duckett Garcia & Johnson, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

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

Solicitor for the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Québec.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Abergel Goldstein & Partners, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Legal Aid Society of Alberta: Legal Aid Society of Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener Justice for Children and Youth: Justice for Children and Youth, Toronto.

exceptionnelle. Je souscris à leur analyse suivant laquelle le ministère public n'a pas démontré, vu l'ensemble de la preuve, que le délai qui s'est écoulé en l'espèce était raisonnable du fait que les parties se seraient conformées au droit tel qu'il existait auparavant.

[235] Par conséquent, même si nos démarches sont différentes, j'en arrive à la même conclusion que les juges Abella et Brown. Le délai subi par l'appelant en l'espèce était déraisonnable et il y a lieu de prononcer l'arrêt des procédures. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Pourvoi rejeté, les juges ABELLA, KARAKATSANIS, BROWN et MARTIN sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Dawson Duckett Garcia & Johnson, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

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

Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Québec.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Abergel Goldstein & Partners, Ottawa.

Procureur de l'intervenante Legal Aid Society of Alberta : Legal Aid Society of Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenante Justice for Children and Youth : Justice for Children and Youth, Toronto.

Assmar Ryiad Shlah *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Franz Emir Cabrera *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SHLAH

2019 SCC 56

File Nos.: 38661, 38677.

2019: November 15.

Present: Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe and Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Charge to jury — Co-principal liability — Unreasonable verdict — Victim beaten and stabbed to death by group of people — Accused both convicted by jury of second degree murder for participation in assault — Court of Appeal holding that charge to jury did not disclose reviewable error as it adequately addressed various paths to liability — Court of Appeal holding that it was open to jury to conclude that accused were liable either as principals or as co-principals in assault and acted with requisite intent for murder — Verdicts not unreasonable — Convictions upheld.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Fraser C.J. and Veldhuis and Schutz J.J.A.), 2019 ABCA 184, 442 D.L.R. (4th) 368, 95 Alta. L.R. (6th) 258, [2019] A.J. No. 614 (QL), 2019 CarswellAlta 914 (WL Can.), affirming the convictions of the accused for second degree murder. Appeals dismissed.

Assmar Ryiad Shlah *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Franz Emir Cabrera *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. SHLAH

2019 CSC 56

N^{os} du greffe : 38661, 38677.

2019 : 15 novembre.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe et Kasirer.

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

Droit criminel — Exposé au jury — Responsabilité en tant que coauteur de l'infraction — Verdict déraisonnable — Victime battue et poignardée à mort par un groupe de personnes — Accusés déclarés tous deux coupables par le jury de meurtre au second degré en raison de leur participation à l'agression — Conclusion de la Cour d'appel portant que l'exposé au jury ne comportait pas d'erreur donnant ouverture à révision car il exposait adéquatement les différentes voies pouvant mener à la responsabilité — Conclusion de la Cour d'appel portant qu'il était loisible au jury de conclure que les accusés étaient responsables en quant qu'auteurs ou coauteurs de l'agression et qu'ils avaient agi en ayant l'intention requise à l'égard de l'infraction de meurtre — Verdicts non déraisonnables — Déclarations de culpabilité confirmées.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (la juge en chef Fraser et les juges Veldhuis et Schutz), 2019 ABCA 184, 442 D.L.R. (4th) 368, 95 Alta. L.R. (6th) 258, [2019] A.J. No. 614 (QL), 2019 CarswellAlta 914 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité pour meurtre au second degré prononcées contre les accusés. Pourvois rejetés.

Balfour Q. H. Der, Q.C., and James O. Wyman, for the appellant Assmar Ryiad Shlah.

Gavin Wolch and Agathon Fric, for the appellant Franz Emir Cabrera.

Iwona Kuklicz, Brian Graff and Rajbir Dhillon, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] MOLDAVER J. — The appeals are dismissed substantially for the reasons of Chief Justice Fraser. We agree with the majority of the Court of Appeal that the charge to the jury does not disclose a reviewable error, and the jury’s verdicts were not unreasonable.

[2] However, we do not endorse para. 27 of the majority’s reasons to the extent it may be taken as suggesting that the reviewing court must identify an extricable error as a precondition to concluding that the jury’s verdict was unreasonable. A determination that the jury’s verdict was unreasonable is itself an error of law warranting appellate intervention.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant Assmar Ryiad Shlah: Der Barristers, Calgary.

Solicitors for the appellant Franz Emir Cabrera: Wolch Watts Wilson & Jugnauth, Calgary.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Calgary.

Balfour Q. H. Der, c.r., et James O. Wyman, pour l’appellant Assmar Ryiad Shlah.

Gavin Wolch et Agathon Fric, pour l’appellant Franz Emir Cabrera.

Iwona Kuklicz, Brian Graff et Rajbir Dhillon, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Les pourvois sont rejetés, essentiellement pour les motifs de la juge en chef Fraser. À l’instar des juges majoritaires de la Cour d’appel, nous sommes d’avis que l’exposé au jury n’est entaché d’aucune erreur donnant ouverture à révision, et que les verdicts du jury ne sont pas déraisonnables.

[2] Toutefois, nous ne pouvons souscrire aux motifs exposés au par. 27 de l’opinion de la majorité, dans la mesure où ils peuvent être considérés comme ayant pour effet d’exiger que, pour être autorisé à conclure au caractère déraisonnable du verdict prononcé par un jury, le tribunal de révision doit au préalable déceler une erreur isolable. Le fait que le verdict du jury est déraisonnable constitue en soi une erreur de droit justifiant une cour d’appel d’intervenir.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l’appellant Assmar Ryiad Shlah : Der Barristers, Calgary.

Procureurs de l’appellant Franz Emir Cabrera : Wolch Watts Wilson & Jugnauth, Calgary.

Procureur de l’intimée : Procureur général de l’Alberta, Calgary.

Ville de Montréal *Appellant*

v.

Octane Stratégie inc. *Respondent*

and

**Union des municipalités du Québec and
Ville de Laval** *Interveners*

- and -

Octane Stratégie inc. *Appellant*

v.

Richard Thériault and Ville de Montréal
Respondents

**INDEXED AS: MONTRÉAL (CITY) v.
OCTANE STRATÉGIE INC.**

2019 SCC 57

File Nos.: 38066, 38073.

2019: February 20; 2019: November 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Municipal law — Contracts — Restitution of presta-
tions — Receipt of payment not due — Large-scale media
event designed and produced within short period of time
by public relations and communications firm and its sub-
contractor at request of municipality — Mandate granted
to firm without rules of public order for awarding mu-
nicipal contracts having been complied with and without
grant of mandate having been approved by resolution of
municipal council or by officer authorized by valid del-
egation of powers — Municipality refusing to pay firm's
invoice for subcontractor's services — Whether rules on
restitution of prestations set out in Civil Code of Québec
apply under municipal law — Whether contract exists
between municipality and firm — Whether restitution*

Ville de Montréal *Appelante*

c.

Octane Stratégie inc. *Intimée*

et

**Union des municipalités du Québec et
Ville de Laval** *Intervenantes*

- et -

Octane Stratégie inc. *Appelante*

c.

Richard Thériault et Ville de Montréal
Intimés

**RÉPERTORIÉ : MONTRÉAL (VILLE) c.
OCTANE STRATÉGIE INC.**

2019 CSC 57

N^{os} du greffe : 38066, 38073.

2019 : 20 février; 2019 : 22 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit municipal — Contrats — Restitution des presta-
tions — Réception de l'indu — Événement médiatique
de grande envergure conçu et réalisé dans un bref laps
de temps par une entreprise de relations publiques et de
communications et son sous-traitant à la demande d'une
municipalité — Mandat octroyé à l'entreprise sans que
les règles d'ordre public relatives à l'adjudication des
contrats municipaux aient été respectées et sans que l'oc-
troi du mandat ait été entériné par une résolution adoptée
par le conseil municipal ou approuvé par un fonctionnaire
habilité par délégation de pouvoirs valide — Refus de la
municipalité de payer la facture de l'entreprise pour les
services du sous-traitant — Le régime de la restitution
des prestations prévu au Code civil du Québec trouve-t-il*

of prestations is necessary — Civil Code of Québec, arts. 1491, 1699.

In April 2007, the City's director of transportation made use of the services of Octane, a public relations and communications firm, to create an event concept for the launch of the City's transportation plan that was to take place on May 17, 2007. The launch was held on the scheduled date and was a success. Following the event, Octane sought payment for the costs incurred for the services provided by a subcontractor to produce and organize the event, but the City was slow to pay. In view of the City's failure to act, Octane finally sent it an invoice in October 2009. In May 2010, nearly three years after the launch was held, the invoice was still unpaid and Octane instituted an action against the City. The City countered by stating that it had in fact never authorized the mandate, which, for that matter, had not been granted as a result of the tendering process required by law. Octane therefore amended its pleading to add T, a member of the political staff of the mayor's office, as a defendant, arguing that he had given it a mandate to produce the event and had assured it many times that the City would pay the costs incurred.

The Superior Court allowed Octane's action against the City and dismissed the alternative claim against T. It was of the view that T had indeed given Octane a mandate but that the contract was null because it had been awarded in contravention of the rules of public order for awarding municipal contracts. However, it found that the rules on restitution of prestations set out in the *Civil Code of Québec* ("C.C.Q.") apply in the municipal context, and it ordered restitution by equivalence for the services provided in the amount of \$82,898.63. The Court of Appeal dismissed the City's appeal as well as Octane's appeal against T, which it found to be moot. It upheld the Superior Court's findings on the issue of the nullity of the contract between Octane and the City and on the application of the rules on restitution of prestations in the municipal context.

Held (Moldaver, Côté and Brown JJ. dissenting): The City's appeal should be dismissed and Octane's appeal is moot.

Per Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis, Gascon, Rowe and Martin JJ.: The rules on restitution of prestations set out in arts. 1699 to 1707 C.C.Q. apply in the municipal context. The preliminary provision of the C.C.Q. states that the C.C.Q. is the foundation of all other laws that apply or rely on civil law concepts. By virtue of arts. 300

application en droit municipal? — Existe-t-il un contrat entre la municipalité et l'entreprise? — La restitution des prestations s'impose-t-elle? — Code civil du Québec, art. 1491, 1699.

En avril 2007, le directeur des transports de la Ville fait appel aux services d'Octane, une entreprise de relations publiques et de communications, pour la création d'un concept d'événement pour le lancement du plan de transport de la Ville qui doit avoir lieu le 17 mai 2007. Le lancement se déroule à la date prévue et il est couronné de succès. À la suite de l'événement, Octane tente d'obtenir le paiement des frais engagés pour les services d'un sous-traitant pour la production et l'organisation de l'événement, mais la Ville tarde à payer. En octobre 2009, devant l'inaction de la Ville, Octane lui transmet finalement une facture. En mai 2010, presque trois ans après la tenue du lancement, la facture n'a toujours pas été acquittée et Octane intente un recours contre la Ville. Cette dernière lui oppose qu'elle n'a en fait jamais autorisé ce mandat, qui n'a d'ailleurs pas été octroyé à la suite du processus d'appel d'offres exigé par la loi. Octane modifie alors sa procédure pour ajouter T, membre du personnel politique du cabinet du maire, comme défendeur, soutenant que ce dernier lui a confié le mandat de réaliser l'événement, en plus de l'avoir assurée à de nombreuses reprises que la Ville paierait pour les frais engagés.

La Cour supérieure accueille le recours d'Octane contre la Ville et rejette le recours subsidiaire contre T. Elle est d'avis que T a bien confié un mandat à Octane, mais que le contrat est nul puisqu'octroyé en contravention des règles d'ordre public en matière d'adjudication de contrats municipaux. Toutefois, elle conclut que le régime de restitution des prestations prévu au *Code civil du Québec* (« C.c.Q. ») s'applique en matière municipale, et elle ordonne la restitution par équivalence des services rendus, soit 82 898,63 \$. La Cour d'appel rejette l'appel de la Ville, de même que celui d'Octane déposé contre T qu'elle estime sans objet. Elle confirme les conclusions de la Cour supérieure sur la question de la nullité du contrat entre Octane et la Ville, ainsi que sur l'application du régime de restitution des prestations en matière municipale.

Arrêt (les juges Moldaver, Côté et Brown sont dissidents) : Le pourvoi formé par la Ville est rejeté et le pourvoi formé par Octane est sans objet.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Karakatsanis, Gascon, Rowe et Martin : Le régime de la restitution des prestations, prévu aux art. 1699 à 1707 C.c.Q., s'applique en matière municipale. La disposition préliminaire du C.c.Q. énonce que celui-ci constitue le fondement des autres lois qui mettent en œuvre ou s'appuient sur des

and 1376 *C.C.Q.*, this includes the laws that govern legal persons established in the public interest, such as municipalities. Since the rules on restitution of prestations are in the Book on Obligations, they apply to municipalities unless other special rules exclude their application. The fact that ss. 573 et seq. of the *Cities and Towns Act* (“*C.T.A.*”), which require certain rules to be followed when municipal contracts are awarded, are of public order and that their violation is sanctioned by the absolute nullity of the contract is not an express or even an implicit derogation from the rules on restitution of prestations. In the absence of clear, unequivocal legislative direction to this effect, the importance of the *C.T.A.*’s public order provisions is not enough to exclude the application of the rules of the general law. Since there is no such derogation, the principle remains the restoration of the parties to their previous positions, which must occur where a juridical act is annulled with retroactive effect.

Restitution of prestations in the municipal context does not create a bypass. The rules on restitution of prestations give a judge the power to objectively determine the fair value of restitution in order to restore the parties to their previous positions, based on the evidence in the record and the circumstances of each case, where restitution cannot be made in kind. Article 1699 para. 2 *C.C.Q.* provides that a court may, exceptionally, refuse the restitution of prestations or modify the scope or modalities of restitution where one party derives an undue advantage from it. The legislature thus ensures that the remedy for a first inequity does not create a second one. Obtaining a municipal contract in violation of the rules of public order for awarding such contracts does not necessarily constitute an undue advantage, and a court hearing such a case must not automatically refuse the restitution of prestations. The appropriateness of tempering restitution under art. 1699 para. 2 *C.C.Q.* must be assessed on a case-by-case basis and not on the basis of automatic or pre-established rules.

In the instant case, no contract came into existence between Octane and the City for the event production services. The mandate on which Octane’s action is based was never approved by a resolution of the City’s municipal council or by an officer authorized by a valid delegation of powers. The appearance of consent is not sufficient, nor can a municipality’s consent be inferred from its silence. The rules for awarding municipal contracts require certain formalities to be observed in order to protect the public interest by favouring competition, but they do not exempt a municipality from having to pass a by-law or resolution to express its will to contract. If it does not do so, no contract will cross the threshold of legal existence and restitution

notions de droit civil. Par l’effet des art. 300 et 1376 *C.c.Q.*, cela inclut les lois qui régissent les personnes morales de droit public telles que les municipalités. Comme le régime de la restitution des prestations fait partie du livre Des obligations, il s’applique aux municipalités à moins que d’autres règles particulières n’en écartent l’application. Le fait que les art. 573 et suiv. de la *Loi sur les cités et villes* («*L.C.V.*»), qui prévoient que l’octroi de contrats municipaux doit respecter certaines règles, soient d’ordre public et que leur violation soit sanctionnée par la nullité absolue du contrat ne constitue pas une dérogation, explicite ou même implicite, au régime de la restitution des prestations. À défaut d’indication législative claire et non équivoque en ce sens, l’importance des dispositions d’ordre public prévues à la *L.C.V.* ne suffit pas pour écarter l’application du régime de droit commun. En l’absence d’une telle dérogation, le principe demeure celui de la remise en état des parties, qui doit s’effectuer chaque fois qu’un acte juridique est anéanti de façon rétroactive.

La restitution des prestations en matière municipale ne crée pas une voie de contournement. Le régime de la restitution des prestations accorde au juge le pouvoir de déterminer de manière objective la juste valeur de la restitution afin de remettre les parties en état, sur la base de la preuve au dossier et des circonstances propres à chaque cas lorsqu’elle ne peut se faire en nature. L’article 1699 al. 2 *C.c.Q.* permet exceptionnellement au tribunal de refuser ou de modifier l’étendue ou les modalités de la restitution des prestations si une partie en retire un avantage indu. Le législateur s’assure donc que la correction d’une première iniquité n’en crée pas une seconde. L’obtention d’un contrat municipal en violation des règles d’ordre public en matière d’adjudication ne constitue pas forcément un avantage indu et le tribunal saisi ne doit pas automatiquement refuser la restitution des prestations dans un tel cas. L’opportunité de recourir au tempérament de l’art. 1699 al. 2 *C.c.Q.* doit être évaluée au cas par cas, et non sur la base d’automatismes ou de règles préétablies.

En l’espèce, aucun contrat n’a pris naissance entre Octane et la Ville pour les services de production de l’événement. Le mandat sur lequel Octane fonde son recours n’a jamais été entériné par une résolution adoptée par le conseil municipal de la Ville. Il n’a pas non plus fait l’objet d’une approbation par un fonctionnaire habilité par délégation de pouvoirs valide. L’apparence de consentement ne suffit pas; le silence de la municipalité ne permet pas non plus de déduire que celle-ci a manifesté son accord. Les règles d’adjudication des contrats municipaux imposent certaines formalités qui doivent être respectées afin de protéger l’intérêt du public en favorisant la concurrence. Cependant, elles ne dispensent pas une municipalité

cannot be grounded in the retroactive annulment of a juridical act in accordance with the doctrine of nullity. In the case at bar, however, the conditions imposed by the rules on receipt of a payment not due are satisfied, with the result that the parties must still be restored to their previous positions under arts. 1491 and 1492 *C.C.Q.*

Three conditions must be met to recover a payment not due under art. 1491 *C.C.Q.*: (1) there must be a payment, (2) the payment must have been made in the absence of a debt between the parties, and (3) the payment must have been made in error or to avoid injury. Where these conditions are met, and subject to the exception set out in art. 1491 para. 2 *C.C.Q.*, restitution of payments not due is made according to the rules for the restitution of prestations laid down in arts. 1699 to 1707 *C.C.Q.* It is truly the receipt of something not due that grounds an obligation to restore the parties to their previous positions. An obligation to make restitution will arise only if the payment was made in error or under protest. However, while error is what usually explains a payment made in the absence of debt, the possibility that a payer acted with full knowledge of the facts cannot be ruled out. The burden of proof rests on the person alleging a liberal intention.

The provision of services can constitute payment within the meaning of art. 1553 *C.C.Q.* The payment of a sum of money is not all that can be characterized as a payment in Quebec civil law: art. 1553 *C.C.Q.* expressly provides that payment also means the performance of whatever forms the object of an obligation. Payment may validly be made by a representative of the debtor of an obligation, such as the debtor's mandatary or subcontractor, unless the nature or terms of the contract prevent such a delegation. In the instant case, it is clear that the subcontractor was acting on Octane's behalf in producing the City's event and that the City did not object to this. The provision of services to the City, that is, payment in the legal sense, therefore originated from Octane. This condition for recovering a payment not due is met.

It does not matter what Octane should or could have done to avoid making an error. The purpose of restitution is not to sanction negligence or fault, but rather to restore the parties to their previous positions where it is shown that one of them received something without having a right to it. The only question is whether the provision of

d'adopter un règlement ou une résolution pour manifester sa volonté de contracter. En l'absence d'une telle expression de volonté, aucun contrat ne franchit le seuil de l'existence juridique et la restitution ne peut prendre sa source dans l'anéantissement rétroactif d'un acte juridique conformément à la théorie des nullités. Toutefois, en l'espèce, les conditions du régime de la réception de l'indu sont remplies de sorte que la remise en état des parties s'impose tout de même conformément aux art. 1491 et 1492 *C.c.Q.*

Trois conditions sont requises pour donner ouverture à la répétition de l'indu sous le régime de l'art. 1491 *C.c.Q.* : (1) il doit y avoir un paiement, (2) ce paiement doit avoir été effectué en l'absence de dette entre les parties, et (3) il doit avoir été fait par erreur ou pour éviter un préjudice. Lorsque ces conditions sont remplies, et sous réserve de l'exception prévue à l'art. 1491 al. 2 *C.c.Q.*, la restitution de ce qui a été payé indûment se fait suivant les règles de la restitution des prestations prévues aux art. 1699 à 1707 *C.c.Q.* C'est véritablement la réception d'une chose qui n'est pas due qui fonde l'obligation de remise en état. L'obligation de restitution ne prendra naissance que si le paiement a été effectué par erreur ou sous protêt. Si l'erreur explique généralement le paiement fait en l'absence de dette, on ne peut cependant écarter l'hypothèse d'un payeur qui a procédé en toute connaissance de cause. C'est sur celui qui invoque l'intention libérale que repose le fardeau de la prouver.

Une prestation de services peut constituer un paiement au sens de l'art. 1553 *C.c.Q.* Le paiement d'une somme d'argent n'est pas seul à pouvoir être qualifié de paiement en droit civil québécois : l'art. 1553 *C.c.Q.* prévoit expressément que le paiement s'entend également de l'exécution de ce qui est l'objet de l'obligation. Un paiement peut être valablement effectué par le représentant du débiteur de l'obligation, par exemple son mandataire ou son sous-traitant, sauf lorsqu'une telle délégation est incompatible avec la nature du contrat ou ses termes. En l'espèce, il est clair que le sous-traitant a agi pour le compte d'Octane en ce qui concerne la production de l'événement de la Ville et que cette dernière ne s'y est pas opposée. Ainsi, la prestation du service à la Ville, soit le paiement au sens juridique, émane d'Octane. Cette condition donnant ouverture à la répétition de l'indu est remplie.

Il importe peu de savoir ce qu'aurait dû ou pu faire Octane afin d'éviter de commettre une erreur. La restitution ne vise pas à sanctionner la négligence ou la faute, mais bien à remettre les parties en état lorsqu'il est démontré que l'une d'entre elles a reçu une chose sans y avoir droit. Il s'agit seulement de déterminer si la prestation

services by Octane resulted from an error and not from a liberal intention. Given the nature of the evidence in the record, it cannot be concluded that Octane had a liberal intention to provide services to the City in the absence of a debt. The testimony of Octane's representatives confirms that they did in fact believe they had an obligation to provide services for the production of the event and that they had no intention of providing those services for free. Octane would not have provided the services in question if it had known that its obligation to the City did not exist in law. In the absence of any liberal intention by Octane or any other cause that could justify its provision of the services to the City for free, it must be concluded that the services were provided as a result of an error, as required by art. 1491 *C.C.Q.*

Restitution for the services provided by Octane for the production of the City's event must be made by equivalence in accordance with art. 1700 *C.C.Q.* The trial judge's findings concerning the good quality and fair market value of the services provided, the benefit the City derived from them and the fact that the event lived up to expectations were not challenged by the City. Since the City has not proved that full restitution would accord an undue advantage to Octane, restitution by equivalence for the services provided corresponds to the cost of producing the event, \$82,898.63.

Octane's action against the City is not prescribed. Section 586 *C.T.A.* does not apply in this case. According to the wording of that section, the six-month prescriptive period applies only to an action, suit or claim for damages. In the case of recovery of a payment not due, the basis for restitution is that there never existed an obligation to perform a prestation. The parties are restored to their previous positions, but this remedy cannot be characterized as damages. The authorities recognize that an action to recover a payment not due is subject to the general law period of three years provided for in art. 2925 *C.C.Q.*

As for Octane's appeal against T, the dismissal of the City's appeal makes it unnecessary to decide the issue raised by Octane's appeal with regard to T's personal liability. This appeal is therefore moot.

Per Moldaver, Côté and Brown JJ. (dissenting): The City's appeal should be allowed and Octane's appeal should be dismissed.

Article 1385 para. 1 *C.C.Q.* states that "[a] contract is formed by the sole exchange of consents between persons having capacity to contract, unless, in addition, the law requires a particular form to be respected as a necessary condition of its formation". Sections 573 et seq. of the

de services par Octane est le résultat d'une erreur, et non d'une intention libérale. Or, vu la teneur de la preuve au dossier, on ne peut conclure qu'Octane a eu une intention libérale de fournir des services à la Ville en l'absence d'une dette. Les témoignages des représentants d'Octane confirment qu'ils se croyaient bel et bien obligés de fournir les services pour la production de l'événement et qu'ils n'avaient aucunement l'intention de fournir ceux-ci gratuitement. Octane n'aurait pas fourni les services en cause si elle avait su que son obligation à l'égard de la Ville était inexistante en droit. En l'absence d'une intention libérale de la part d'Octane ou de toute autre cause qui puisse justifier qu'elle fournisse gratuitement les services à la Ville, il faut conclure que cette prestation de services est le résultat d'une erreur aux termes de ce qu'exige l'art. 1491 *C.c.Q.*

La restitution des services fournis par Octane pour la production de l'événement de la Ville doit se faire par équivalent, conformément à l'art. 1700 *C.c.Q.* Les conclusions du premier juge sur la bonne qualité des services rendus, leur juste valeur marchande, le bénéfice qu'en a tiré la Ville et la conformité de l'événement aux attentes n'ont pas été contestées par la Ville. Comme la Ville n'a pas fait la preuve qu'un avantage indu serait accordé à Octane en cas de restitution intégrale, la restitution par équivalent des services fournis correspond donc au coût de production de l'événement, soit 82 898,63 \$.

L'action d'Octane contre la Ville n'est pas prescrite. L'article 586 *L.C.V.* ne s'applique pas dans le présent dossier. Suivant son libellé, le délai de prescription de six mois ne s'applique qu'à toute action, poursuite ou réclamation pour dommages-intérêts. Dans le cas de la répétition de l'indu, la restitution découle de l'absence d'obligation d'exécuter une prestation. La remise en état qu'elle entraîne ne se qualifie pas de dommages-intérêts. La doctrine et la jurisprudence reconnaissent que le recours en répétition de l'indu est assujéti au délai de droit commun de trois ans prévu à l'art. 2925 *C.c.Q.*

En ce qui a trait au pourvoi d'Octane contre T, puisque l'appel de la Ville est rejeté, il n'y a pas lieu de trancher la question soulevée par l'appel d'Octane sur la responsabilité personnelle de T. Cet appel est donc sans objet.

Les juges Moldaver, Côté et Brown (dissidents) : L'appel de la Ville devrait être accueilli et l'appel d'Octane devrait être rejeté.

L'article 1385 al. 1 *C.c.Q.* prévoit que « [l]e contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter, à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation ». Les articles 573 et suiv.

C.T.A. provide in this regard that certain formalities must be observed in the awarding of municipal contracts. These provisions set out imperative standards of public order, the violation of which is sanctioned by absolute nullity. A services contract with a value of \$82,898.63 must be awarded after a call for tenders by written invitation in accordance with the *C.T.A.* A contract entered into in violation of these rules, if it is in fact formed, may be absolutely null in addition to giving rise to the penalties provided for by the *C.T.A.* Article 1422 *C.C.Q.*, which sets out the effect of nullity, expressly creates an obligation to make restitution. According to art. 1699 para. 1 *C.C.Q.*, restitution takes place “where” (“*chaque fois*” (each time) in the French version) a juridical act is annulled with retroactive effect. Recent judgments of the Court of Appeal confirm that it is possible to order the restitution of prestations where a municipal contract is annulled.

However, the annulment of a contract presupposes the existence of the contract. In the present case, the contract on which Octane’s claim is based is quite simply non-existent. In civil law, the existence of a contract is conditional on the manifestation of a will to be bound by contract (arts. 1378 para. 1, 1385 para. 1 and 1386 *C.C.Q.*). Where, objectively speaking, the manifestation of such a will is absent (where there is no offer to contract or where such an offer is refused or not accepted), there is no contract. By-laws and resolutions are the legal vehicles by which a municipality expresses its will. A municipality may, through a by-law passed by its council, delegate to an officer the power to incur obligations on its behalf. However, since only one professional services firm was solicited, no officer of the City had a delegation of powers authorizing him or her to enter into a contract with a value exceeding \$25,000. As a result, no duly authorized officer could have incurred an obligation in the amount of \$82,898.63 on the City’s behalf.

T was not invested with any delegation of powers authorizing him to make contracts on the City’s behalf, since he was a member of the political staff of the mayor’s office, not a municipal officer or employee. The non-application in the municipal context of the doctrine of apparent mandate codified at art. 2163 *C.C.Q.* is a general principle or rule of public law that prevails over the civil law rules, because those rules are merely suppletive in nature in this area (art. 300 *C.C.Q.*). It is a control measure enacted in the interest of the public to ensure sound administration and transparency. It is very firmly established that persons wishing to enter into a contract with a municipality must at their peril ascertain that the particular person dealt with is acting pursuant to due authority.

de la *L.C.V.* disposent à cet égard que l’adjudication des contrats municipaux doit respecter certaines formalités. Ces dispositions énoncent des normes impératives d’ordre public dont le non-respect est sanctionné par la nullité absolue. Un contrat de service d’une valeur de 82 898,63 \$ doit être adjugé après une demande de soumissions faite par voie d’invitation écrite, conformément à la *L.C.V.* Le contrat conclu en violation de ces règles, s’il est effectivement formé, peut être frappé de nullité absolue, en plus de donner ouverture aux sanctions prévues par la *L.C.V.* L’article 1422 *C.c.Q.*, lequel prévoit les effets de la nullité, crée expressément une obligation de restitution. Selon l’article 1699 al. 1 *C.c.Q.*, la restitution a lieu « chaque fois » qu’un acte juridique est rétroactivement anéanti. La jurisprudence récente de la Cour d’appel confirme la possibilité d’ordonner la restitution des prestations en cas d’annulation d’un contrat municipal.

Toutefois, l’annulation d’un contrat suppose l’existence de celui-ci. En l’espèce, le contrat sur lequel s’appuie la réclamation d’Octane est tout simplement inexistant. En droit civil, l’existence d’un contrat est conditionnelle à la manifestation d’une volonté d’être lié contractuellement (art. 1378 al. 1, 1385 al. 1 et 1386 *C.c.Q.*). Lorsqu’il y a absence objective de toute manifestation d’une telle volonté (absence d’une offre de contracter ou encore refus d’une telle offre ou absence d’acceptation), il n’y a pas de contrat. Le règlement et la résolution sont les véhicules juridiques par lesquels une municipalité manifeste sa volonté. Une municipalité peut, par règlement de son conseil, déléguer à un fonctionnaire le pouvoir de contracter des obligations en son nom. Cependant, comme une seule entreprise de services professionnels avait été sollicitée, aucun fonctionnaire de la Ville ne jouissait d’une délégation de pouvoirs l’autorisant à conclure un contrat d’une valeur excédant 25 000 \$. Ainsi, aucun fonctionnaire dûment autorisé n’a pu contracter une obligation de 82 898,63 \$ au nom de la Ville.

T ne jouissait d’aucune délégation de pouvoirs l’autorisant à contracter au nom de la Ville, parce qu’il était un membre du personnel politique du cabinet du maire, et non un fonctionnaire ou un employé municipal. La non-application de la théorie du mandat apparent codifiée à l’art. 2163 *C.c.Q.* en matière municipale est un principe général ou une règle de droit public primant les règles du droit civil, ces dernières n’ayant qu’un caractère supplétif en ce domaine (art. 300 *C.c.Q.*). Il s’agit d’une mesure de contrôle édictée dans l’intérêt des citoyens à des fins de saine administration et de transparence. Il est très fermement établi qu’une personne qui souhaite contracter avec une municipalité doit à ses propres risques s’assurer que la personne avec qui il traite est nantie de l’autorité requise.

Where a contract is non-existent, there can be no restitution of prestations as a consequence of the annulment of an invalid contract (arts. 1422 and 1699 *C.C.Q.*). In the case at bar, there is no juridical act that can be annulled with retroactive effect. Any obligation to make restitution must rather be justified on a different basis. While recent jurisprudence of the Court of Appeal confirms that it is possible to order the restitution of prestations where a municipal contract is annulled, it is silent on whether it is possible to order the restitution of prestations on the basis of receipt of a payment not due where a party claims to have provided services to a municipality in reliance on a contract it believes it entered into but that turns out not to exist at all.

In civil law, the three conditions for bringing an action to recover a payment not due are: (1) the existence of a payment made by the payer to the payee, (2) the absence of a debt between the parties, and (3) an error by the payer. These three conditions must be interpreted cautiously, if not restrictively, and where they are met, art. 1491 para. 1 *C.C.Q.* expressly creates an obligation to make restitution, subject to the exception set out in art. 1491 para. 2 *C.C.Q.* Article 1492 *C.C.Q.* then requires “[r]estitution of payments not due” to be made according to the rules for the restitution of prestations codified at arts. 1699 to 1707 *C.C.Q.* In principle, the payer bears the burden of establishing that the conditions for bringing an action to recover a payment not due are met. The payer must first prove the existence of a payment and the absence of a debt. An error by the payer is then presumed to be the most likely explanation for a payment that in itself is inexplicable. The payee must then prove that there was no error by the payer.

In the present case, services were provided to the City, which constitutes payment within the meaning of art. 1553 *C.C.Q.* However, the evidence does not clearly show that the services received by the City were provided by the subcontractor on Octane’s behalf. Any ambiguity in this regard that was not resolved at trial stems from the fact that Octane was not relying on receipt of a payment not due as a basis for its claim. It is therefore not advisable for the Court now to dispose of the City’s appeal on the basis of that mechanism. However, since Octane’s claim must be dismissed in any event, the interpretation of the evidence that is most favourable to it with respect to the condition requiring the existence of a payment will be adopted. As for the absence of a debt between the parties, it stems from the non-existence of a contract between Octane and the City for the services rendered by the subcontractor.

En cas d’inexistence d’un contrat, la restitution des prestations ne peut pas être la conséquence de l’annulation d’un contrat invalide (art. 1422 et 1699 *C.c.Q.*). Il n’y a aucun acte juridique en l’espèce qui puisse être anéanti de façon rétroactive. Toute obligation de restitution devra plutôt se justifier sur la base d’un fondement différent. Si la jurisprudence récente de la Cour d’appel confirme la possibilité d’ordonner la restitution des prestations en cas d’annulation d’un contrat municipal, elle est toutefois silencieuse sur la possibilité d’ordonner la restitution des prestations sur le fondement de la réception de l’indu lorsqu’une partie prétend avoir fourni des services à une municipalité sur la foi d’un contrat qu’elle croit avoir conclu, mais qui s’avère carrément inexistant.

En droit civil, les trois conditions d’ouverture d’une action en répétition de l’indu sont : (1) l’existence d’un paiement fait par le payeur au payé, (2) l’inexistence d’une dette entre les parties et (3) l’erreur du payeur. Ces trois conditions doivent être interprétées avec prudence, sinon restrictivement et, lorsqu’elles sont remplies, l’art. 1491 al. 1 *C.c.Q.* crée expressément une obligation de restitution sous réserve de l’exception prévue à l’art. 1491 al. 2 *C.c.Q.* L’article 1492 *C.c.Q.* prévoit alors que « [l]a restitution de ce qui a été payé indûment » se fait suivant le régime de la restitution des prestations codifié aux art. 1699 à 1707 *C.c.Q.* Le fardeau de démontrer l’existence des conditions d’ouverture d’une action en répétition de l’indu repose en principe sur le payeur qui doit d’abord prouver l’existence d’un paiement et l’inexistence d’une dette. L’erreur du payeur est ensuite présumée comme l’explication la plus vraisemblable d’un paiement en soi inexplicable. C’est au payé qu’il revient alors de prouver l’absence d’erreur du payeur.

En l’espèce, la Ville a reçu une prestation de services qui constitue un paiement au sens de l’art. 1553 *C.c.Q.* Toutefois, il ne se dégage pas clairement de la preuve que les services reçus par la Ville ont été rendus par le sous-traitant au nom d’Octane. Toute ambiguïté non résolue sur ce point au procès est liée au fait qu’Octane n’a pas invoqué en première instance la réception de l’indu comme fondement de sa réclamation. Il n’est par conséquent pas prudent que la Cour dispose maintenant du pourvoi de la Ville sur la base de ce mécanisme. Toutefois, puisque la réclamation d’Octane doit être rejetée de toute façon, l’interprétation de la preuve qui lui est la plus favorable quant à la condition de l’existence d’un paiement sera adoptée. Quant à l’inexistence d’une dette entre les parties, elle résulte de l’inexistence d’un contrat entre Octane et la Ville à l’égard des services rendus par le sous-traitant.

An error, which may be of fact or of law, is an essential condition for an action to recover a payment not due. Article 1554 para. 1 *C.C.Q.* is not a distinct source of the obligation to make restitution: rather, that provision must be read together with art. 1491 para. 1 *C.C.Q.* In principle, the payee can show the absence of an error by the payer by proving that the payer made the payment knowing that he or she was not bound to do so. In such circumstances, the payment will be treated as a liberality and an action to recover a payment not due will be dismissed. The payee can prove the absence of an error by the payer by showing: (1) that the payer made the payment knowing that he or she was not bound to do so (i.e., absence of error as such), or (2) that the payer made the payment with the true intention of providing a gratuitous benefit or making an informal gift to the payee, or that another cause excluding the possibility of error provides legal justification for the payment. Here, the evidence shows clearly that Octane did not pay the City in error at the time of payment, May 17, 2007, the date on which the services were provided to the City.

Octane knew at the time of payment that it had no contract with the City for the services provided by the subcontractor. The testimony of a senior partner at Octane in 2007 shows that he believed the mandate could not exceed the limit for proceeding by agreement, that is, \$25,000, and that he was aware that the limit was relevant not only because it was the highest threshold for a contract to be awarded without a call for tenders, but also because it was the highest threshold for a contract to be granted by an officer on the City's behalf. Octane knew at the time the transportation plan was launched that no duly authorized officer could lawfully grant a contract with such a value on the City's behalf, that no resolution had been passed by the City's municipal council to award Octane a contract for its subcontractor's services and that no framework agreement between Octane and the City was in effect. Moreover, Octane knew at the time of payment that the City could not grant it a valid contract at a later date for the services provided by the subcontractor. Although the City's executive committee did indeed have the power to grant a contract with a value of up to \$100,000, the contract could not have been valid, because it was too late to issue an invitation to tender or to make a public call for tenders given that the event had already taken place.

While Octane was undoubtedly not acting with a liberal intention, since it was at least hoping to be paid, the fact that there was no liberal intention does not necessarily mean that the payment was made in error. Octane did not

L'erreur, qui peut être de fait ou de droit, est une condition essentielle de l'action en répétition de l'indu. L'article 1554 al. 1 *C.c.Q.* ne constitue pas une source distincte de l'obligation de restitution : cette disposition doit plutôt être lue en corrélation avec l'art. 1491 al. 1 *C.c.Q.* En principe, le payé parvient à prouver l'absence d'erreur du payeur s'il prouve que ce dernier a effectué le paiement en sachant qu'il n'y était pas tenu. Dans ces circonstances, le paiement sera traité comme une libéralité et l'action en répétition de l'indu sera rejetée. Le payé parvient à prouver l'absence d'erreur du payeur s'il prouve : (1) que le payeur a effectué le paiement en sachant qu'il n'y était pas tenu (c.-à-d. l'absence d'erreur proprement dite), ou (2) que le payeur a effectué le paiement en ayant une intention véritable de procurer un avantage gratuit au payé ou d'effectuer une donation informelle à son profit ou encore qu'une autre cause excluant l'hypothèse de l'erreur justifie juridiquement le paiement. En l'espèce, la preuve démontre clairement qu'Octane n'a pas payé la Ville par erreur au moment du paiement, le 17 mai 2007, date à laquelle les services ont été fournis à la Ville.

Octane savait au moment du paiement qu'aucun contrat ne la liait à la Ville à l'égard des services rendus par le sous-traitant. Le témoignage d'un associé principal chez Octane en 2007 démontre qu'il croyait que le mandat ne pourrait excéder la limite de gré à gré, soit 25 000 \$, et qu'il savait que cette limite était pertinente, et ce, non seulement parce qu'il s'agit du seuil maximal en deçà duquel un contrat peut être adjugé sans demande de soumissions, mais aussi parce qu'il s'agit du seuil maximal en deçà duquel un fonctionnaire peut consentir un contrat au nom de la Ville. Octane savait au moment du lancement du Plan de transport qu'aucun fonctionnaire dûment autorisé n'avait pu légalement consentir un contrat d'une telle valeur au nom de la Ville, qu'aucune résolution du conseil municipal de la Ville ne lui octroyait de contrat concernant les services de son sous-traitant et qu'aucun contrat-cadre entre Octane et la Ville n'était en vigueur. De plus, Octane savait au moment du paiement qu'aucun contrat valide ne pourrait lui être ultérieurement consenti par la Ville à l'égard des services rendus par le sous-traitant. Même si le comité exécutif de la Ville a effectivement le pouvoir de consentir un contrat jusqu'à une valeur de 100 000 \$, il n'aurait pu s'agir d'un contrat valide, puisqu'il était trop tard pour procéder par appel d'offres sur invitations ou par appel d'offres public, vu que l'événement avait déjà eu lieu.

Bien qu'Octane n'a sans doute pas agi dans une intention libérale, puisqu'il y avait à tout le moins l'espoir d'une rétribution, l'absence d'une intention libérale ne signifie pas nécessairement que le paiement a été fait

pay in error, because it in fact knew at the time of payment that no contract had been formed between it and the City for the services rendered by the subcontractor. Absence of error by Octane cannot be equated with fault, which is not relevant for the purposes of restitution. The conditions for bringing an action to recover a payment not due are not met. Octane's action to recover a payment not due must therefore be dismissed and the City's appeal allowed.

Octane's appeal against the City and T should be dismissed. Article 2158 *C.C.Q.*, which concerns the personal liability of a mandatary who exceeds his or her powers, cannot apply in the particular circumstances of this case, because the onus was on Octane to ensure that the proper procedure would be followed in entering into the contract, that is, to ensure: (1) that the person with whom Octane was dealing was authorized to act on behalf of the municipality, (2) that the City and its employees were acting within their powers, and (3) that all legal requirements for the formation or awarding of the contract were met. Octane cannot shift the onus which rested on it to T. Furthermore, even if T had committed a fault for which he could be extracontractually liable when he gave Octane an assurance that it would be paid, he would not have caused the injury suffered by Octane. There is no causation, because it seems that Octane (1) made a first payment to the subcontractor, (2) entered into a contract with the subcontractor and (3) provided the services to the City before T gave it any kind of assurance.

Cases Cited

By Wagner C.J. and Gascon J.

Referred to: *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Prud'homme v. Prud'homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663; *Autobus Dufresne inc. v. Réseau de transport métropolitain*, 2017 QCCS 5812; *Construction Irebec inc. v. Montréal (Ville de)*, 2015 QCCS 4303; *Centre de téléphone mobile (Québec) inc. v. Marieville (Ville de)*, 2006 QCCS 1179, [2006] AZ-50359395; *Ville de Saguenay v. Construction Unibec inc.*, 2019 QCCA 38; *Québec (Ville) v. GM Développement inc.*, 2017 QCCA 385, 72 M.P.L.R. (5th) 203; *Lacroix & Fils ltée v. Carleton-sur-Mer (Ville)*, 2014 QCCA 1345, 27 M.P.L.R. (5th) 10; *Montréal (Ville de) v. St-Pierre (Succession de)*, 2008 QCCA 2329, [2009] R.J.Q. 54; *Habitations de la Rive-Nord inc. v. Repentigny (Ville)*, 2001 CanLII 10048; *Rouleau v. Canada (Procureur général)*, 2016 QCCS 4887; *Langevin v. Mercier*, 2010 QCCA 1763; *Boucher v. Développements Terriglobe inc.*, [2001] R.D.I. 213; *Fortier v. Compagnie d'arrimage*

par erreur. Octane n'a pas payé par erreur, car elle savait, dans les faits, au moment du paiement, qu'aucun contrat ne s'était formé entre elle et la Ville à l'égard des services rendus par le sous-traitant. L'absence d'erreur de la part d'Octane ne saurait être assimilée à une faute, laquelle n'est pas pertinente pour les fins de la restitution. Les conditions d'ouverture d'une action en répétition de l'indu ne sont pas remplies. L'action en répétition de l'indu d'Octane doit donc être rejetée, et l'appel de la Ville, accueilli.

L'appel d'Octane contre la Ville et T devrait être rejeté. L'article 2158 *C.c.Q.* portant sur la responsabilité personnelle du mandataire outrepassant ses pouvoirs ne saurait s'appliquer dans les circonstances particulières de la présente affaire, parce qu'Octane avait le fardeau de s'assurer que le contrat serait conclu selon la procédure régulière à savoir : (1) que la personne avec laquelle Octane transigeait était autorisée à agir au nom de la municipalité, (2) que la Ville et ses préposés agissaient dans les limites de leurs pouvoirs, et (3) que toutes les conditions requises par la loi pour la formation ou l'adjudication du contrat étaient observées. Elle ne saurait déplacer sur les épaules de T le fardeau qui est le sien. Par ailleurs, même si T avait commis une faute engageant sa responsabilité extracontractuelle lorsqu'il a donné l'assurance à Octane qu'elle serait payée, il n'aurait pas causé le dommage subi par Octane. En effet, la causalité fait défaut puisqu'il semble qu'Octane (1) ait effectué un premier versement au sous-traitant, (2) ait contracté avec ce dernier et (3) ait fourni les services à la Ville avant que T ne lui ait donné quelque assurance que ce soit.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner et le juge Gascon

Arrêts mentionnés : *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663; *Autobus Dufresne inc. c. Réseau de transport métropolitain*, 2017 QCCS 5812; *Construction Irebec inc. c. Montréal (Ville de)*, 2015 QCCS 4303; *Centre de téléphone mobile (Québec) inc. c. Marieville (Ville de)*, 2006 QCCS 1179, [2006] AZ-50359395; *Ville de Saguenay c. Construction Unibec inc.*, 2019 QCCA 38; *Québec (Ville) c. GM Développement inc.*, 2017 QCCA 385, 72 M.P.L.R. (5th) 203; *Lacroix & Fils ltée c. Carleton-sur-Mer (Ville)*, 2014 QCCA 1345, 27 M.P.L.R. (5th) 10; *Montréal (Ville de) c. St-Pierre (Succession de)*, 2008 QCCA 2329, [2009] R.J.Q. 54; *Habitations de la Rive-Nord inc. c. Repentigny (Ville)*, 2001 CanLII 10048; *Rouleau c. Canada (Procureur général)*, 2016 QCCS 4887; *Langevin c. Mercier*, 2010 QCCA 1763; *Boucher c. Développements Terriglobe*

de Québec ltée, 2014 QCCS 1984; *Hakim v. Guse*, 2013 QCCS 1020; 9112-2648 *Québec inc. v. Cauchon et associés inc.*, 2005 CanLII 44114; *Marcotte v. Longueuil (City)*, 2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65; *Amex Bank of Canada v. Adams*, 2014 SCC 56, [2014] 2 S.C.R. 787; *Fortin v. Chrétien*, 2001 SCC 45, [2001] 2 S.C.R. 500; *Air Canada v. City of Dorval*, [1985] 1 S.C.R. 861; *Silver's Garage Ltd. v. Town of Bridgewater*, [1971] S.C.R. 577; *Poulin De Courval v. Poliquin*, 2018 QCCA 1534; *Amar v. Dollard-des-Ormeaux (Ville)*, 2014 QCCA 76, 18 M.P.L.R. (5th) 277; *Belœil (Ville de) v. Gestion Gabriel Borduas inc.*, 2014 QCCA 238; 9129-6111 *Québec inc. v. Longueuil (Ville)*, 2010 QCCA 2265, 21 Admin L.R. (5th) 320; *Cité de St-Romuald d'Etchemin v. S.A.F. Construction inc.*, [1974] C.A. 411; *Bourque v. Hull (Cité)* (1920), 30 B.R. 221; *Verreault (J.E.) & Fils Ltée v. Attorney General of the Province of Quebec*, [1977] 1 S.C.R. 41; *Immeubles Beaurom ltée v. Montréal (Ville de)*, 2007 QCCA 41, [2007] R.D.I. 26; *Aylmer (Ville) v. 174736 Canada inc.*, 1997 CanLII 10176; *Banque de Nouvelle-Écosse (Banque Scotia) v. Ville de Drummondville*, 2018 QCCS 5053; *Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 SCC 65, [2013] 3 S.C.R. 838; 2736-4694 *Québec inc. v. Carleton — St-Omer (Ville de)*, 2006 QCCS 4726, aff'd 2007 QCCA 1789; *Threlfall v. Carleton University*, 2019 SCC 50, [2019] 3 S.C.R. 726; *Willmor Discount Corp. v. Vaudreuil (City)*, [1994] 2 S.C.R. 210; 9112-4511 *Québec inc. v. Agence de développement de réseaux locaux de services de santé et de services sociaux de Laval*, 2008 QCCA 848; *C.J. v. Parizeau Popovici*, 2011 QCCS 2005; *Pearl v. Investissements Contempra Ltée*, [1995] R.J.Q. 2697; *Roux v. Cordeau*, [1981] R.P. 29; *Garage W. Martin Ltée v. Labrie*, [1957] C.S. 175; *Green Line Investor Services Inc. v. Quin*, 1996 CanLII 5734; *Confédération, compagnie d'assurance-vie v. Lareau-Lacroix*, 1997 CanLII 10277; *Société canadienne de sel ltée v. Dubord*, 2012 QCCS 1994; *Beaudry v. Cité de Beauharnois*, [1962] B.R. 738; *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2000 SCC 64, [2000] 2 S.C.R. 919; *Tremblay v. 2543-7443 Québec inc.*, 1999 CanLII 11903; *Steckmar Corp. v. Consultants Zenda ltée*, 2000 CanLII 18061; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371; *Finney v. Barreau du Québec*, 2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17; *Richard v. Time Inc.*, 2012 SCC 8, [2012] 1 S.C.R. 265; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

inc., [2001] R.D.I. 213; *Fortier c. Compagnie d'arrimage de Québec ltée*, 2014 QCCS 1984; *Hakim c. Guse*, 2013 QCCS 1020; 9112-2648 *Québec inc. c. Cauchon et associés inc.*, 2005 CanLII 44114; *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65; *Banque Amex du Canada c. Adams*, 2014 CSC 56, [2014] 2 R.C.S. 787; *Fortin c. Chrétien*, 2001 CSC 45, [2001] 2 R.C.S. 500; *Air Canada c. Cité de Dorval*, [1985] 1 R.C.S. 861; *Silver's Garage Ltd. c. Town of Bridgewater*, [1971] R.C.S. 577; *Poulin De Courval c. Poliquin*, 2018 QCCA 1534; *Amar c. Dollard-des-Ormeaux (Ville)*, 2014 QCCA 76, 18 M.P.L.R. (5th) 277; *Belœil (Ville de) c. Gestion Gabriel Borduas inc.*, 2014 QCCA 238; 9129-6111 *Québec inc. c. Longueuil (Ville)*, 2010 QCCA 2265, 21 Admin L.R. (5th) 320; *Cité de St-Romuald d'Etchemin c. S.A.F. Construction inc.*, [1974] C.A. 411; *Bourque c. Hull (Cité)* (1920), 30 B.R. 221; *Verreault (J.E.) & Fils Ltée c. Procureur général de la province de Québec*, [1977] 1 R.C.S. 41; *Immeubles Beaurom ltée c. Montréal (Ville de)*, 2007 QCCA 41, [2007] R.D.I. 26; *Aylmer (Ville) c. 174736 Canada inc.*, 1997 CanLII 10176; *Banque de Nouvelle-Écosse (Banque Scotia) c. Ville de Drummondville*, 2018 QCCS 5053; *Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65, [2013] 3 R.C.S. 838; 2736-4694 *Québec inc. c. Carleton — St-Omer (Ville de)*, 2006 QCCS 4726, conf. par 2007 QCCA 1789; *Threlfall c. Carleton University*, 2019 CSC 50, [2019] 3 R.C.S. 726; *Willmor Discount Corp. c. Vaudreuil (Ville)*, [1994] 2 R.C.S. 210; 9112-4511 *Québec inc. c. Agence de développement de réseaux locaux de services de santé et de services sociaux de Laval*, 2008 QCCA 848; *C.J. c. Parizeau Popovici*, 2011 QCCS 2005; *Pearl c. Investissements Contempra Ltée*, [1995] R.J.Q. 2697; *Roux c. Cordeau*, [1981] R.P. 29; *Garage W. Martin Ltée c. Labrie*, [1957] C.S. 175; *Green Line Investor Services Inc. c. Quin*, 1996 CanLII 5734; *Confédération, compagnie d'assurance-vie c. Lareau-Lacroix*, 1997 CanLII 10277; *Société canadienne de sel ltée c. Dubord*, 2012 QCCS 1994; *Beaudry c. Cité de Beauharnois*, [1962] B.R. 738; *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2000 CSC 64, [2000] 2 R.C.S. 919; *Tremblay c. 2543-7443 Québec inc.*, 1999 CanLII 11903; *Steckmar Corp. c. Consultants Zenda ltée*, 2000 CanLII 18061; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371; *Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17; *Richard c. Time Inc.*, 2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

By Côté and Brown JJ. (dissenting)

Amex Bank of Canada v. Adams, 2014 SCC 56, [2014] 2 S.C.R. 787; *Montréal (Ville de) v. St-Pierre (Succession de)*, 2008 QCCA 2329, [2009] R.J.Q. 54; *Community Enterprises Ltd. v. Acton Vale (Ville)*, [1970] C.A. 747; *Construction Hydrex inc. v. Havre St-Pierre (Corporation municipale de)*, [1980] C.S. 1038; *Jourdain v. Ville de Grand-Mère*, [1983] J.Q. n° 360; *Boisvert v. Baie-du-Febvre (Municipalité de)*, [1992] J.Q. n° 2574; *Repentigny (Ville) v. Les Habitations de la Rive-Nord inc.*, 2001 CanLII 10048; *Lacroix & Fils ltée v. Carleton-sur-Mer (Ville)*, 2014 QCCA 1345, 27 M.P.L.R. (5th) 10; *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2004 SCC 75, [2004] 3 S.C.R. 575; *Québec (Ville) v. GM Développement inc.*, 2017 QCCA 385, 72 M.P.L.R. (5th) 203; *Aliments Breton (Canada) inc. v. Oracle Corporation Canada inc.*, 2015 QCCA 336; *Air Canada v. City of Dorval*, [1985] 1 S.C.R. 861; *Silver's Garage Ltd. v. Town of Bridgewater*, [1971] S.C.R. 577; *Poulin De Courval v. Poliquin*, 2018 QCCA 1534; *Habitations Germat inc. v. Ville de Rosemère*, 2017 QCCA 1294; *Amar v. Dollard-des-Ormeaux (Ville)*, 2014 QCCA 76, 18 M.P.L.R. (5th) 277; *Beloeil (Ville de) v. Gestion Gabriel Borduas inc.*, 2014 QCCA 238; *9129-6111 Québec inc. v. Longueuil (Ville)*, 2010 QCCA 2265, 21 Admin. L.R. (5th) 320; *Lévesque v. Carignan (Corp. de la ville de)*, [1998] AZ-98026278; *Ville de Saguenay v. Construction Unibec inc.*, 2019 QCCA 38; *Construction Irebec inc. v. Montréal (Ville de)*, 2015 QCCS 4303; *J.E. Verreault & Fils Ltée v. Attorney General (Quebec)*, [1977] 1 S.C.R. 41; *Cité de St-Laurent v. Boudrias*, [1974] C.A. 473; *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621; *Finney v. Barreau du Québec*, 2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17; *Prud'homme v. Prud'homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663; *Canadian Food Inspection Agency v. Professional Institute of the Public Service of Canada*, 2010 SCC 66, [2010] 3 S.C.R. 657; *Immeubles Beaurom ltée v. Montréal (Ville de)*, 2007 QCCA 41, [2007] R.D.I. 26; *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2000 SCC 64, [2000] 2 S.C.R. 919; *Beaudry v. Cité de Beauharnois*, [1962] B.R. 738; *Lalonde v. City of Montreal North*, [1978] 1 S.C.R. 672; *Olivier v. Corporation du Village de Wottonville*, [1943] S.C.R. 118; *Cité de St-Romuald d'Etchemin v. S.A.F. Construction inc.*, [1974] C.A. 411; *Corporation municipale de Havre St-Pierre v. Brochu*, [1973] C.A. 832; *Cité de Montréal v. Teodori*, [1970] C.A. 401; *Bourque v. Cité de Hull (1920)*, 30 B.R. 221; *Threlfall v. Carleton University*, 2019 SCC 50, [2019] 3 S.C.R. 726; *Pearl v. Investissements Contempra Ltée*, [1995] R.J.Q. 2697; *Roux v. Cordeau*, [1981] R.P. 29; *Garage W. Martin Ltée v. Labrie*, [1957] C.S. 175; *Sodexho Québec*

Citée par les juges Côté et Brown (dissidents)

Banque Amex du Canada c. Adams, 2014 CSC 56, [2014] 2 R.C.S. 787; *Montréal (Ville de) c. St-Pierre (Succession de)*, 2008 QCCA 2329, [2009] R.J.Q. 54; *Community Enterprises Ltd. c. Acton Vale (Ville)*, [1970] C.A. 747; *Construction Hydrex inc. c. Havre St-Pierre (Corporation municipale de)*, [1980] C.S. 1038; *Jourdain c. Ville de Grand-Mère*, [1983] J.Q. n° 360; *Boisvert c. Baie-du-Febvre (Municipalité de)*, [1992] J.Q. n° 2574; *Repentigny (Ville) c. Les Habitations de la Rive-Nord inc.*, 2001 CanLII 10048; *Lacroix & Fils ltée c. Carleton-sur-Mer (Ville)*, 2014 QCCA 1345, 27 M.P.L.R. (5th) 10; *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2004 CSC 75, [2004] 3 R.C.S. 575; *Québec (Ville) c. GM Développement inc.*, 2017 QCCA 385, 72 M.P.L.R. (5th) 203; *Aliments Breton (Canada) inc. c. Oracle Corporation Canada inc.*, 2015 QCCA 336; *Air Canada c. Cité de Dorval*, [1985] 1 R.C.S. 861; *Silver's Garage Ltd. c. Town of Bridgewater*, [1971] R.C.S. 577; *Poulin De Courval c. Poliquin*, 2018 QCCA 1534; *Habitations Germat inc. c. Ville de Rosemère*, 2017 QCCA 1294; *Amar c. Dollard-des-Ormeaux (Ville)*, 2014 QCCA 76, 18 M.P.L.R. (5th) 277; *Beloeil (Ville de) c. Gestion Gabriel Borduas inc.*, 2014 QCCA 238; *9129-6111 Québec inc. c. Longueuil (Ville)*, 2010 QCCA 2265, 21 Admin. L.R. (5th) 320; *Lévesque c. Carignan (Corp. de la ville de)*, [1998] AZ-98026278; *Ville de Saguenay c. Construction Unibec inc.*, 2019 QCCA 38; *Construction Irebec inc. c. Montréal (Ville de)*, 2015 QCCS 4303; *J.E. Verreault & Fils Ltée c. Procureur général (Québec)*, [1977] 1 R.C.S. 41; *Cité de St-Laurent c. Boudrias*, [1974] C.A. 473; *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621; *Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17; *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663; *Agence canadienne d'inspection des aliments c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada*, 2010 CSC 66, [2010] 3 R.C.S. 657; *Immeubles Beaurom ltée c. Montréal (Ville de)*, 2007 QCCA 41, [2007] R.D.I. 26; *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2000 CSC 64, [2000] 2 R.C.S. 919; *Beaudry c. Cité de Beauharnois*, [1962] B.R. 738; *Lalonde c. Cité de Montréal-Nord*, [1978] 1 R.C.S. 672; *Olivier c. Corporation du Village de Wottonville*, [1943] R.C.S. 118; *Cité de St-Romuald d'Etchemin c. S.A.F. Construction inc.*, [1974] C.A. 411; *Corporation municipale de Havre St-Pierre c. Brochu*, [1973] C.A. 832; *Cité de Montréal c. Teodori*, [1970] C.A. 401; *Bourque c. Cité de Hull (1920)*, 30 B.R. 221; *Threlfall c. Carleton University*, 2019 CSC 50, [2019] 3 R.C.S. 726; *Pearl c. Investissements Contempra Ltée*, [1995] R.J.Q. 2697; *Roux c. Cordeau*, [1981] R.P. 29; *Garage W. Martin Ltée c. Labrie*, [1957]

ltée v. Cie de chemin de fer du littoral nord de Québec & du Labrador inc., 2010 QCCA 2408, 89 C.C.P.B. 203; *Agence de développement de réseaux locaux de services de santé et de services sociaux de Laval (Régie régionale de la santé et de services sociaux de Laval) v. 9112-4511 Québec inc.*, 2006 QCCS 5323, aff'd 2008 QCCA 848; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Perrault et Perrault Ltée*, [1969] B.R. 958; *Aussant v. Axa Assurances inc.*, 2013 QCCQ 398, [2013] R.J.Q. 533; *Société nationale de fiducie v. Robitaille*, [1983] C.A. 521; *Commission des écoles catholiques de Verdun v. Giroux*, [1986] R.J.Q. 2970; *Pelletier v. SSQ, société d'assurance-vie inc.*, 2015 QCCS 132; *Faucher v. SSQ, société d'assurance-vie inc.*, 2010 QCCS 4072, [2010] R.R.A. 1111; *Steckmar Corp. v. Consultants Zenda ltée*, 2000 CanLII 18061; *London Life, cie d'assurance-vie v. Leclerc*, 2002 CanLII 17098; *L'Unique, assurances générales inc. v. Roy*, 2017 QCCS 3971; *Société canadienne de sel ltée v. Dubord*, 2012 QCCS 1994; *Puits du Québec Inc. v. Lajoie*, [1986] J.Q. n° 447; *Sotramex Inc. v. Ste-Marthe-sur-le-Lac (Ville de)*, [1988] AZ-88021171; *Tableaux Indicateurs International inc. v. Cité de Beauharnois, C.S. Québec*, n° 13617, 11 avril 1975; 2736-4694 *Québec inc. v. Carleton — St-Omer (Ville de)*, 2006 QCCS 4726, aff'd 2007 QCCA 1789.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend various legislative provisions concerning municipal affairs, S.Q. 2001, c. 25, ss. 34, 54, 512.
Act to amend various legislative provisions concerning municipal affairs and the Société d'habitation du Québec, S.Q. 2018, c. 8.
By-law concerning the delegation of powers to officers and employees, June 26, 2002, Ville de Montréal, By-law 02-004, s. 22.
Charter of Ville de Montréal, Metropolis of Québec, CQLR, c. C-11.4, s. 33 para. 2.
Cities and Towns Act, CQLR, c. C-19, ss. 47, 70.1 et seq., 114.7, 114.10, 350, 477.2, 573 et seq., 586, 604.6(2).
Civil Code of Lower Canada.
Civil Code of Québec, arts. 298, 300, Book Five, 1376, 1378 para. 1, 1385 to 1397, 1416 to 1419, 1422, 1457, 1491, 1492, 1553 to 1555, 1671, 1699 to 1707, 2101, 2158, 2163, 2803 para. 1, 2925.
Municipal Code of Québec, CQLR, c. C-27.1, arts. 79, 438 para. 1.

Authors Cited

Barré, Xavier. « Nullité et inexistance ou les bégaiements de la technique juridique en France » (1992), 26 *R.J.T.* 20.

C.S. 175; *Sodexo Québec ltée c. Cie de chemin de fer du littoral nord de Québec & du Labrador inc.*, 2010 QCCA 2408, 89 C.C.P.B. 203; *Agence de développement de réseaux locaux de services de santé et de services sociaux de Laval (Régie régionale de la santé et de services sociaux de Laval) c. 9112-4511 Québec inc.*, 2006 QCCS 5323, conf. par 2008 QCCA 848; *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Perrault et Perrault Ltée*, [1969] B.R. 958; *Aussant c. Axa Assurances inc.*, 2013 QCCQ 398, [2013] R.J.Q. 533; *Société nationale de fiducie c. Robitaille*, [1983] C.A. 521; *Commission des écoles catholiques de Verdun c. Giroux*, [1986] R.J.Q. 2970; *Pelletier c. SSQ, société d'assurance-vie inc.*, 2015 QCCS 132; *Faucher c. SSQ, société d'assurance-vie inc.*, 2010 QCCS 4072, [2010] R.R.A. 1111; *Steckmar Corp. c. Consultants Zenda ltée*, 2000 CanLII 18061; *London Life, cie d'assurance-vie c. Leclerc*, 2002 CanLII 17098; *L'Unique, assurances générales inc. c. Roy*, 2017 QCCS 3971; *Société canadienne de sel ltée c. Dubord*, 2012 QCCS 1994; *Puits du Québec Inc. c. Lajoie*, [1986] J.Q. n° 447; *Sotramex Inc. c. Ste-Marthe-sur-le-Lac (Ville de)*, [1988] AZ-88021171; *Tableaux Indicateurs International inc. c. Cité de Beauharnois, C.S. Québec*, n° 13617, 11 avril 1975; 2736-4694 *Québec inc. c. Carleton — St-Omer (Ville de)*, 2006 QCCS 4726, conf. par 2007 QCCA 1789.

Lois et règlements cités

Charte de la ville de Montréal, métropole du Québec, RLRQ, c. C-11.4, art. 33 al. 2.
Code civil du Bas-Canada.
Code civil du Québec, art. 298, 300, Livre cinquième, 1376, 1378 al. 1, 1385 à 1397, 1416 à 1419, 1422, 1457, 1491, 1492, 1553 à 1555, 1671, 1699 à 1707, 2101, 2158, 2163, 2803 al. 1, 2925.
Code municipal du Québec, RLRQ, c. C-27.1, art. 79, 438 al. 1.
Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant le domaine municipal, L.Q. 2018, c. 8.
Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale et la société d'habitation du Québec, L.Q. 2001, c. 25, art. 34, 54, 512.
Loi sur les cités et villes, RLRQ, c. C-19, art. 47, 70.1 et suiv., 114.7, 114.10, 350, 477.2, 573 et suiv., 586, 604.6(2).
Règlement intérieur du comité exécutif sur la délégation de pouvoirs aux fonctionnaires et employés, 26 juin 2002, Ville de Montréal, Règl. 02-004, art. 22.

Doctrine et autres documents cités

Barré, Xavier. « Nullité et inexistance ou les bégaiements de la technique juridique en France » (1992), 26 *R.J.T.* 20.

- Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7^e éd., par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2013.
- Carbonnier, Jean. *Droit civil*, vol. II. Paris: Quadrige/PUF, 2004.
- Côté, Pierre-André. “La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l’Administration québécoise — Commentaire de l’arrêt Laurentide Motels” (1994), 28 *R.J.T.* 411.
- Cumyn, Michelle. *La validité du contrat suivant le droit strict ou l’équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2002.
- Desfossés, Katheryne A. *L’extinction de l’obligation et la restitution des prestations (Art. 1671 à 1707 C.c.Q.)*, dans coll. Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ). Montréal: Yvon Blais, 2015.
- Dussault, René, and Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, vol. 1, 2nd ed. Translated by Murray Rankin. Toronto: Carswell, 1985.
- Fabre-Magnan, Muriel. *Droit des obligations*, vol. 2, 3^e éd. Paris: Presses Universitaires de France, 2013.
- Fréchette, Pascal. *La restitution des prestations*. Montréal: Yvon Blais, 2018.
- Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 7^e éd. Montréal: Yvon Blais, 2017.
- Garant, Patrice, Philippe Garant et Jérôme Garant. *Précis de droit des administrations publiques*, 6^e éd. Montréal: Yvon Blais, 2018.
- Gaudet, Serge. “Inexistence, nullité et annulabilité du contrat: essai de synthèse” (1995), 40 *McGill L.J.* 291.
- Gaudet, Serge. “La restitution des prestations: premiers regards sur les articles 1699 à 1707 du Code civil du Québec”, dans *Les Obligations : quoi de neuf? — Reprenons par le commencement voulez-vous?* Montréal: Yvon Blais, 1995.
- Gervais, Céline. *La prescription*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2009.
- Giroux, Pierre, et Denis Lemieux. *Contrats des organismes publics québécois*. Brossard, Que.: CCH, 1988 (feuilles mobiles mises à jour juin 2019, envoi n° 142).
- Héту, Jean, et Yvon Duplessis, avec la collaboration de Lise Vézina. *Droit municipal: Principes généraux et contentieux*, vol. 1, 2^e éd. Brossard, Que.: Wolters Kluwer, 2002 (feuilles mobiles mises à jour janvier 2019).
- Jobin, P.-G. “L’inexistence dans le droit commun des contrats” (1974), 15 *C. de D.* 173.
- Lancôt, Sébastien. “Gestion d’affaires, réception de l’indu et enrichissement injustifié”, dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations*, par Pierre-Claude Lafond, dir. Montréal: LexisNexis, 2013.
- Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7^e éd., par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013.
- Carbonnier, Jean. *Droit civil*, vol. II, Paris, Quadrige/PUF, 2004.
- Côté, Pierre-André. « La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l’Administration québécoise — Commentaire de l’arrêt Laurentide Motels » (1994), 28 *R.J.T.* 411.
- Cumyn, Michelle. *La validité du contrat suivant le droit strict ou l’équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002.
- Desfossés, Katheryne A. *L’extinction de l’obligation et la restitution des prestations (Art. 1671 à 1707 C.c.Q.)*, dans coll. Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ), Montréal, Yvon Blais, 2015.
- Dussault, René, et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, t. I, 2^e éd., Québec, Presses de l’Université Laval, 1984.
- Fabre-Magnan, Muriel. *Droit des obligations*, vol. 2, 3^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2013.
- Fréchette, Pascal. *La restitution des prestations*, Montréal, Yvon Blais, 2018.
- Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 7^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2017.
- Garant, Patrice, Philippe Garant et Jérôme Garant. *Précis de droit des administrations publiques*, 6^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2018.
- Gaudet, Serge. « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse » (1995), 40 *R.D. McGill* 291.
- Gaudet, Serge. « La restitution des prestations : premiers regards sur les articles 1699 à 1707 du Code civil du Québec », dans *Les Obligations : quoi de neuf? — Reprenons par le commencement voulez-vous?*, Montréal, Yvon Blais, 1995.
- Gervais, Céline. *La prescription*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009.
- Giroux, Pierre, et Denis Lemieux. *Contrats des organismes publics québécois*, Brossard (Qc), CCH, 1988 (feuilles mobiles mises à jour juin 2019, envoi n° 142).
- Héту, Jean, et Yvon Duplessis, avec la collaboration de Lise Vézina. *Droit municipal : Principes généraux et contentieux*, vol. 1, 2^e éd., Brossard (Qc), Wolters Kluwer, 2002 (feuilles mobiles mises à jour janvier 2019).
- Jobin, P.-G. « L’inexistence dans le droit commun des contrats » (1974), 15 *C. de D.* 173.
- Lancôt, Sébastien. « Gestion d’affaires, réception de l’indu et enrichissement injustifié », dans *JurisClasseur*

- 2008, fascicule 8 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2019, envoi 21).
- Langlois, André. *Les contrats municipaux par demandes de soumissions*, 3^e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2005.
- Levesque, Frédéric. *Précis de droit québécois des obligations*, Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 2018.
- Malaurie, Philippe, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck. *Les obligations*, 5^e éd. Paris: Defrénois, 2011.
- Pépin, Gilles, et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1982.
- Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4^e éd., par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal: Thémis, 2001.
- Planiol, Marcel, et Georges Ripert. *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Obligations*, 2^e éd. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954.
- 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.
- Sériaux, Alain. *Droit des obligations*, Paris: Presses Universitaires de France, 1992.
- Tancelin, Maurice. *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2009.
- Québec — *Collection droit civil — Obligations*, par Pierre-Claude Lafond, dir., Montréal, LexisNexis, 2008, fascicule 8 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2019, envoi 21).
- Langlois, André. *Les contrats municipaux par demandes de soumissions*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvons Blais, 2005.
- Levesque, Frédéric. *Précis de droit québécois des obligations*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 2018.
- Malaurie, Philippe, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck. *Les obligations*, 5^e éd., Paris, Defrénois, 2011.
- Pépin, Gilles, et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1982.
- Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4^e éd., par Jean Pineau et Serge Gaudet, Montréal, Thémis, 2001.
- Planiol, Marcel, et Georges Ripert. *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Obligations*, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954.
- 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.
- Sériaux, Alain. *Droit des obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992.
- Tancelin, Maurice. *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Schrager, Mainville and Hogue J.J.A.), 2018 QCCA 223, 81 M.P.L.R. (5th) 39, [2018] AZ-51468022, [2018] J.Q. n° 893 (QL), 2018 CarswellQue 742 (WL Can.), affirming a decision of Lefebvre J., 2015 QCCS 5456, 46 M.P.L.R. (5th) 309, [2015] AZ-51233047, [2015] J.Q. n° 12811 (QL), 2015 CarswellQue 11236 (WL Can.). Appeal of Ville de Montréal dismissed, appeal of Octane Stratégie inc. moot. Moldaver, Côté and Brown J.J. dissenting.

Olivier Nadon, Pierre-Yves Boisvert and Steven Rousseau, for the appellant Ville de Montréal (38066) and the respondents Richard Thériault and Ville de Montréal (38073).

Sylvain Dorais and Jocelyn Ouellette, for the respondent (38066)/appellant (38073) Octane Stratégie inc.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Schrager, Mainville et Hogue), 2018 QCCA 223, 81 M.P.L.R. (5th) 39, [2018] AZ-51468022, [2018] J.Q. n° 893 (QL), 2018 CarswellQue 742 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Lefebvre, 2015 QCCS 5456, 46 M.P.L.R. (5th) 309, [2015] AZ-51233047, [2015] J.Q. n° 12811 (QL), 2015 CarswellQue 11236 (WL Can.). Pourvoi de la Ville de Montréal rejeté, pourvoi d'Octane Stratégie inc. sans objet. Les juges Moldaver, Côté et Brown sont dissidents.

Olivier Nadon, Pierre-Yves Boisvert et Steven Rousseau, pour l'appelante Ville de Montréal (38066) et pour les intimés Richard Thériault et Ville de Montréal (38073).

Sylvain Dorais et Jocelyn Ouellette, pour l'intimée (38066)/appelante (38073) Octane Stratégie inc.

Sébastien Laprise and Jean-Benoît Pouliot, for the intervener Union des municipalités du Québec (38066).

Jean Prud'homme and Gabrielle Robert, for the intervener Ville de Laval (38066).

English version of the judgment of Wagner C.J. and Abella, Karakatsanis, Gascon, Rowe and Martin J.J. delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND GASCON J. —

I. Overview

[1] This case consolidates two files relating to an unpaid invoice for \$82,898.63 for the production of a launch event for the appellant Ville de Montréal (“City”) more than 10 years ago. The issues raised in these appeals go beyond, however, the mere payment of that invoice. The Court is called upon to determine whether the principles of Quebec civil law concerning the formation of contracts and the restitution of prestations apply under municipal law.

[2] The respondent Octane Stratégie inc. (“Octane”) is a public relations and communications firm. In April 2007, the City’s director of transportation made use of its services to create an event concept for the launch of the City’s transportation plan that was to take place the following month. After a meeting at which several key players in the City’s administration, including the respondent Richard Thériault (“Mr. Thériault”), discussed their high expectations for the project, Octane developed a concept with the help of a specialized firm whose services it retained for the production of the event.

[3] The launch was held on the scheduled date and was a success. Octane repeatedly sought payment for the costs incurred for its subcontractor’s services, but the City was slow to pay. In view of the City’s failure to act, Octane finally sent it an invoice for those expenses in October 2009. In May 2010, nearly three

Sébastien Laprise et Jean-Benoît Pouliot, pour l’intervenante l’Union des municipalités du Québec (38066).

Jean Prud'homme et Gabrielle Robert, pour l’intervenante la Ville de Laval (38066).

Le jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Karakatsanis, Gascon, Rowe et Martin a été rendu par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE GASCON —

I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi réunit deux dossiers qui concernent une facture impayée de 82 898,63 \$ pour la production d’un événement de lancement de l’appelante, la Ville de Montréal (« Ville »), survenu il y a plus de 10 ans. Les enjeux soulevés dans le cadre du pourvoi dépassent toutefois la seule question du paiement de cette facture. Notre Cour est en effet appelée à se prononcer sur l’application en droit municipal des principes du droit civil québécois en matière de formation des contrats et de restitution des prestations.

[2] L’intimée, Octane Stratégie inc. (« Octane »), est une entreprise qui exerce ses activités dans le domaine des relations publiques et des communications. En avril 2007, le directeur des transports de la Ville fait appel à ses services pour la création d’un concept d’événement pour le lancement du plan de transport de la Ville qui doit avoir lieu le mois suivant. À la suite d’une réunion où plusieurs acteurs importants de l’administration municipale, dont l’intimé Richard Thériault (« M. Thériault »), exposent leurs attentes élevées pour ce projet, Octane élabore un concept avec l’aide d’une entreprise spécialisée dans le domaine, de qui elle retient les services pour la production de l’événement.

[3] Le lancement se déroule à la date prévue et il est couronné de succès. Malgré de nombreuses démarches d’Octane pour obtenir le paiement des frais engagés pour les services de son sous-traitant, la Ville tarde cependant à payer. En octobre 2009, devant l’inaction de la Ville, Octane lui transmet

years after the event was held, Octane instituted an action against the City because the invoice was still unpaid. The City countered by stating, for the first time, that it had in fact never authorized the mandate, which, for that matter, had not been granted as a result of the tendering process required by law. Octane therefore amended its pleading to add Mr. Thériault as a defendant. It argued that, at the initial meeting, he had given it a mandate to produce the event for the City and that he had assured it many times that the City would pay the costs incurred.

[4] The Superior Court allowed Octane’s action against the City. The trial judge concluded from the evidence that Mr. Thériault had indeed given Octane a mandate but that the contract was null because it had been awarded in contravention of the rules of public order for awarding municipal contracts. However, he rejected the City’s argument that the restitution of prestations does not apply in the municipal context because of the imperative rules set out in the *Cities and Towns Act*, CQLR, c. C-19 (“*C.T.A.*”). He therefore ordered restitution by equivalence for the services provided, and he determined that the fair value of those services was the cost of producing the event, \$82,898.63. The City appealed that award, and Octane filed an appeal against Mr. Thériault. The Court of Appeal dismissed the City’s appeal as well as Octane’s appeal, which had become moot. Considering itself bound by the trial judge’s findings concerning the existence of a mandate between Octane and the City for the production of the launch event, the Court of Appeal affirmed that the *C.T.A.* does not derogate from the rules on restitution of prestations and accepted the trial judge’s reasoning with respect to the application of those rules to the facts. The majority added that, even if the parties were not bound by a contract, it was nonetheless necessary to restore them to their previous positions under the rules on receipt of a payment not due. The City and Octane both appeal to this Court.

[5] In our view, the City’s appeal must be dismissed. This makes it unnecessary to rule on Octane’s appeal. While we agree with the Court of Appeal’s conclusions with respect to the application

finally a bill at this point. In May 2010, almost three years after the holding of the event, and in view of the fact that the bill has not yet been paid, Octane filed a lawsuit against the City. This last one then opposes for the first time that she has never been authorized to issue this mandate, which has not been granted as a result of the tendering process required by law. Octane therefore modified its pleading to add Mr. Thériault as a defendant. It argued that, at the initial meeting, he had given it a mandate to produce the event for the City and that he had assured it many times that the City would pay the costs incurred.

[4] La Cour supérieure a accueilli le recours d’Octane contre la Ville. Le juge de première instance a conclu de la preuve que M. Thériault avait bien confié un mandat à Octane, mais que ce contrat était nul puisqu’octroyé en contravention des règles d’ordre public en matière d’adjudication de contrats municipaux. Il a par contre rejeté l’argument de la Ville selon lequel la restitution des prestations ne s’appliquait pas en matière municipale en raison des règles impératives posées par la *Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19 (« *L.C.V.* »). Il a donc ordonné la restitution par équivalent des services rendus et établi leur juste valeur au coût de production de l’événement, soit à 82 898,63 \$. La Ville a interjeté appel de cette condamnation et Octane a déposé un appel contre M. Thériault. La Cour d’appel a rejeté l’appel de la Ville de même que celui d’Octane, dès lors sans objet. S’estimant liée par les conclusions du juge de première instance sur l’existence d’un mandat entre Octane et la Ville pour la production de l’événement de lancement, la cour a confirmé que la *L.C.V.* ne dérogeait pas au régime de la restitution des prestations, et a souscrit au raisonnement du premier juge sur son application aux faits. Les juges majoritaires ont ajouté que, même si les parties n’étaient pas liées par un contrat, la remise en état s’imposait tout de même en application du régime de la réception de l’indu. Tant la Ville qu’Octane se pourvoient devant notre Cour.

[5] Nous sommes d’avis que l’appel de la Ville doit être rejeté. Ce faisant, il n’est pas nécessaire de se prononcer sur l’appel d’Octane. Bien que nous endossions les conclusions de la Cour d’appel sur

of the rules on restitution of prestations in the municipal context, we are of the opinion that it erred in according deference to the trial judge's findings concerning the existence of a contract between the City and Octane. The mandate given to Octane was not authorized by a resolution of the municipal council or by an officer acting under a delegation of powers, with the result that the City simply never expressed its will to be bound by contract to Octane. This leads to another conclusion: no contract for the production of the launch event came into existence between the City and Octane. Because it is not possible to annul a juridical act that never came into existence, the trial judge erred in ordering that the parties be restored to their previous positions on this basis.

[6] We agree, however, with the majority of the Court of Appeal that the rules on receipt of a payment not due apply in this case, which means that the restitution of prestations is nonetheless necessary. Octane provided services to the City through its subcontractor even though it had no contract with the City. The City therefore received and benefited from services that were not due to it. Unless Octane had a liberal intention, which cannot be presumed, that payment must be restored to it. Since the City has not shown that the trial judge erred in assessing the fair value of the services provided or in declining to exercise his discretion to refuse restitution or to modify its scope or modalities under para. 2 of art. 1699 of the *Civil Code of Québec* (“*C.C.Q.*” or “*Civil Code*”), there is no basis for reviewing his conclusion in this regard. The City must therefore restore the sum of \$82,898.63 to Octane.

II. Background

[7] In June 2002, during the Sommet de Montréal, the City and its various partners emphasized the City's need for a transportation plan. The City laid out its vision of that plan in March 2005, but the final version was not ready to be presented to the public until 2007. Between 2005 and 2007, the City relied

l'application du régime de la restitution des prestations en matière municipale, nous estimons que cette cour a commis une erreur en faisant preuve de déférence à l'endroit des conclusions du juge de première instance sur l'existence d'un contrat entre la Ville et Octane. Le mandat confié à Octane n'a pas été autorisé par une résolution adoptée par le conseil municipal et n'a pas fait l'objet non plus d'une autorisation par un fonctionnaire jouissant d'une délégation de pouvoirs, si bien que la Ville n'a simplement jamais manifesté sa volonté d'être liée contractuellement à Octane. De ce constat en découle un autre : aucun contrat en lien avec la production de l'événement de lancement n'a pris naissance entre la Ville et Octane. Puisqu'on ne peut annuler un acte juridique qui n'est jamais né, le juge de première instance a commis une erreur en ordonnant la remise en état des parties sur cette base.

[6] Toutefois, à l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, nous sommes d'avis que le régime de la réception de l'indu s'applique en l'espèce, de sorte que la restitution des prestations s'impose néanmoins. Octane a fourni à la Ville des services par le biais de son sous-traitant alors qu'aucun contrat ne la liait à cette dernière. La Ville a donc reçu et profité de services qui ne lui étaient pas dus. En l'absence d'une intention libérale de la part d'Octane, laquelle ne peut se présumer, ce paiement doit lui être restitué. Comme la Ville n'a pas démontré que le juge de première instance a commis une erreur dans son évaluation de la juste valeur des services rendus ou en n'exerçant pas le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'al. 2 de l'art. 1699 du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* » ou « *Code civil* ») de refuser ou de modifier l'étendue ou les modalités de cette restitution, il n'y a pas lieu de réviser sa conclusion à ce chapitre. La Ville doit restituer à Octane la somme de 82 898,63 \$.

II. Contexte

[7] En juin 2002, lors du Sommet de Montréal, la Ville et ses différents partenaires soulignent la nécessité pour celle-ci de se doter d'un plan de transport. La Ville expose sa vision de ce plan en mars 2005, mais la version définitive n'est prête à être présentée au public qu'en 2007. Entre 2005 et 2007, la

on the expertise of Octane, among others, to develop the plan in collaboration with its employees. The launch event was planned for May 17, 2007, which was a symbolic date because it was the anniversary of the City's founding.

[8] Originally, preparations for the event were to be handled internally by the City's communications branch. However, with less than a month to go before the event, André Lavallée, the member of the City's executive committee responsible for shared transportation, was dissatisfied with the proposed project. On April 20, he contacted Marc Blanchet, the City's director of transportation, to share his concerns. Mr. Blanchet immediately contacted Pierre Guillot-Hurtubise, a partner at Octane, to seek assistance with the matter. He invited him to a meeting at city hall on April 23, during which he asked him to prepare a strategic plan for the May 17 event. That mandate involved a few hours of work relating to strategic advice; the budget agreed upon was \$10,000.

[9] On April 27, a second meeting was held at city hall to discuss the organization of the event. In addition to Mr. Guillot-Hurtubise and Louis Aucoin — another partner at Octane — several members of the City's administration and of the mayor's office staff were present, including Mr. Lavallée and his political attaché, Mr. Blanchet, Mr. Thériault, who at the time was the director of communications and administration in the office of the mayor, as well as the coordinator of communications for the office of the mayor and of the executive committee, the communications officer and operations manager in the communications branch, and the communications officer for transportation and the plan. On that occasion, the City's representatives shared their vision of the event and emphasized how important it was that the launch concept be imaginative and that the event be a [TRANSLATION] "landmark" event that was "lavish" and "glitzy". The individuals responsible for liaising with Octane and the various municipal actors who were to play a role in the project were chosen. According to the evidence accepted by the trial judge, Mr. Thériault, with the agreement of everyone present, asked Octane to prepare a concept that would live up to their expectations.

Ville recourt notamment à l'expertise d'Octane pour élaborer ce plan en collaboration avec ses préposés. L'événement de lancement est prévu pour le 17 mai 2007, date symbolique puisqu'il s'agit de la date anniversaire de la fondation de la Ville.

[8] À l'origine, la préparation de l'événement doit être assumée à l'interne par la Direction des communications de la Ville. Cependant, moins d'un mois avant l'événement, le responsable du transport collectif au sein du comité exécutif de la Ville, M. André Lavallée, n'est pas satisfait du projet mis de l'avant. Le 20 avril, il communique avec M. Marc Blanchet, directeur des transports de la Ville, pour partager ses inquiétudes. Ce dernier contacte aussitôt M. Pierre Guillot-Hurtubise, associé chez Octane, pour obtenir de l'aide dans ce dossier. Il le convoque alors à une réunion à l'hôtel de ville le 23 avril, au cours de laquelle il lui demande de préparer un plan stratégique pour l'événement du 17 mai. Ce mandat implique quelques heures de travail liées à des conseils stratégiques; le budget convenu est de 10 000 \$.

[9] Le 27 avril, une seconde réunion a lieu à l'hôtel de ville pour discuter de l'organisation de l'événement. En plus de MM. Guillot-Hurtubise et Louis Aucoin — un autre associé chez Octane —, plusieurs membres de l'administration municipale et du cabinet du maire sont présents, notamment M. Lavallée et son attaché politique, M. Blanchet, M. Thériault, directeur des communications et de l'administration au sein du cabinet du maire à cette époque, ainsi que la coordonnatrice aux communications au cabinet du maire et du comité exécutif, la chargée des communications et responsable d'activités au sein de la Direction des communications et la chargée des communications pour le transport et pour le plan. À cette occasion, les représentants de la Ville partagent leur vision de l'événement et insistent sur le fait qu'il est important que le concept de lancement soit imaginatif et que l'événement soit « marquant », « fastueux » et « flamboyant ». On choisit les personnes qui seront responsables de faire le lien entre Octane et les différents acteurs municipaux appelés à jouer un rôle dans le projet. Selon la preuve retenue par le juge de première instance, M. Thériault, avec l'accord de toutes les personnes présentes, demande à Octane de préparer un concept à la hauteur de leurs attentes.

[10] In the days following that meeting, Octane worked to develop a launch concept. It contacted, among others, Gilles Blais, the president of Productions Gilles Blais (“PGB”), a firm specializing in event production and organization. At the same time, City representatives asked Octane to be responsible, in addition to its initial mandate, for graphic design and the production of certain tools for the event, including the guest lists, invitation cards, labels and CD-ROMs.

[11] Between April 30 and May 15, Octane sent the City several scenarios for the launch, accompanied by its budget estimates. The estimates went from \$274,975 to \$196,000, then \$178,000 and finally \$123,470. That final estimate, which was sent to the City on May 15, included Octane’s fees for its consulting services, costs and expenses for the preparation of materials, and PGB’s production costs and staging and technical equipment costs, which amounted to \$82,898.63. The same day, Octane and PGB made their agreement official and signed a subcontract for the production of the event.

[12] It should be noted that Octane paid the \$82,898.63 to PGB in three instalments on May 14, May 25 and August 10, 2007. On August 10, 2007, the two firms signed a document stating that Octane had paid PGB that amount [TRANSLATION] “as an advance on a contract signed by the [C]ity of Montréal and Gilles Blais”. Mr. Blais stated that he undertook to repay that advance to Octane upon payment by the City. However, five days later, Mr. Blais specified in a letter to Octane that no contract had been signed with the City and that it was in fact with Octane that a subcontracting agreement had been [TRANSLATION] “negotiated, reached and signed” on May 15, 2007 for “the design, production, creation and public and media presentation” of the City’s transportation plan.

[13] The event was held on the scheduled date, May 17, 2007. The trial judge found from the evidence that it was a great success: Sup. Ct., at para. 21.

[14] On June 4, Octane sent the City three invoices for its consulting services for the development of

[10] Dans les jours qui suivent cette réunion, Octane s’affaire à élaborer un concept de lancement à cette fin. Elle communique notamment avec M. Gilles Blais, président de l’entreprise Productions Gilles Blais (« PGB »), spécialisée dans la production et l’organisation d’événements. Parallèlement, des représentants de la Ville demandent à Octane de s’occuper, en plus de son mandat initial, de la réalisation graphique et de la production de certains outils pour l’événement, dont les listes d’invités, les cartons d’invitation, les étiquettes et les CD-ROM.

[11] Entre le 30 avril et le 15 mai, Octane transmet à la Ville plusieurs scénarios pour le lancement, accompagnés de ses estimations budgétaires. Celles-ci passent successivement de 274 975 \$ à 196 000 \$, puis à 178 000 \$, et finalement à 123 470 \$. Cette estimation finale, envoyée à la Ville le 15 mai, inclut les honoraires d’Octane pour ses services-conseils, les frais et déboursés pour la préparation du matériel, ainsi que les frais de production et d’équipements scéniques et techniques de PGB, lesquels se chiffrent à 82 898,63 \$. Le même jour, Octane et PGB officialisent leur entente et signent un contrat de sous-traitance pour la production de l’événement.

[12] Il convient de noter qu’Octane paie la somme de 82 898,63 \$ à PGB en trois versements les 14 mai, 25 mai et 10 août 2007. Le 10 août 2007, les deux entreprises signent un document indiquant qu’Octane a versé à PGB cette somme « en avance à un contrat signé entre la [V]ille de Montréal et M. Gilles Blais ». M. Blais dit s’engager à rembourser cette avance à Octane sur paiement de la Ville. Cinq jours plus tard, M. Blais précise cependant dans une lettre à Octane qu’aucun contrat n’a été signé avec la Ville, et que c’est bien avec Octane qu’une entente de sous-traitance a été « négociée, convenue et signée » le 15 mai 2007 pour « la conception, la production, la réalisation et la présentation publique et médiatique » du plan de transport de la Ville.

[13] L’événement a lieu à la date prévue, le 17 mai 2007. Le juge de première instance conclut de la preuve qu’il s’agit d’un grand succès : C.S., par. 21.

[14] Le 4 juin, Octane transmet à la Ville trois factures relatives à ses services-conseils pour

the launch concept, graphic design and the production of materials for the event. The invoices, which totalled \$52,203.34, were paid by the City in March and April 2008. The City's municipal council approved the purchase orders for those services on October 27, 2008.

[15] However, payment of the production costs for the launch event was a different matter. Octane had several informal discussions about payment for PGB's services, but to no avail. There was confusion at the City over the matter: it was not clear whether the transportation branch or the communications branch was responsible for paying for the services. On October 27, 2009, nearly 30 months after the launch, Octane, which had not yet been paid for PGB's services, officially sent the City a fourth invoice, which was for the \$82,898.63 paid to PGB.

[16] On May 14, 2010, Octane instituted an action against the City because the invoice was still unpaid. On October 21, 2010, the City disclosed its grounds of defence, in which it stated, for the first time, that it had never authorized the contract, which, for that matter, had not been awarded in accordance with the tendering procedure provided for in the *C.T.A.* On November 22, 2011, Octane amended its pleading to add Mr. Thériault as a defendant. It argued that he had given it a mandate to produce the event for the City at the preparatory meeting on April 27, 2007 and that he had reassured it many times that the City would pay for PGB's services. On August 21, 2015, the City amended its grounds of defence to allege that Octane's action was prescribed in relation to both defendants.

III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court (2015 QCCS 5456, 46 M.P.L.R. (5th) 309)*

[17] The Superior Court allowed Octane's motion to institute proceedings and ordered the City to pay it \$82,898.63. Octane's alternative claim against Mr. Thériault was dismissed, although the judge

l'élaboration du concept de lancement, la réalisation graphique et la production du matériel pour l'événement. Ces factures, qui totalisent 52 203,34 \$, sont payées par la Ville en mars et avril 2008. Le conseil municipal de la Ville approuve les bons de commande de ces services le 27 octobre 2008.

[15] Par contre, il en va autrement du paiement des frais de production de l'événement de lancement. À plusieurs reprises, Octane discute de manière informelle du paiement des services de PGB, mais sans succès. La confusion règne au sein de la Ville à ce sujet : on ne sait pas qui, de la direction des transports ou de la direction des communications, est responsable du paiement de ces services. Le 27 octobre 2009, près de 30 mois après le lancement et toujours impayée pour les services de PGB, Octane transmet officiellement à la Ville sa quatrième facture, qui se chiffre à la somme de 82 898,63 \$ versée à PGB.

[16] Le 14 mai 2010, puisque cette facture reste impayée, Octane intente un recours contre la Ville. Le 21 octobre suivant, la Ville dénonce ses moyens de défense. Elle y indique pour la première fois n'avoir jamais autorisé ce contrat, lequel n'aurait d'ailleurs pas été octroyé conformément à la procédure d'appel d'offres prévue par la *L.C.V.* Le 22 novembre 2011, Octane modifie sa procédure afin d'y ajouter M. Thériault à titre de défendeur. Elle soutient que ce dernier lui a confié le mandat de réaliser cet événement pour le compte de la Ville lors de la réunion préparatoire du 27 avril 2007, en plus de l'avoir rassurée à de nombreuses reprises que la Ville paierait pour les services de PGB. Le 21 août 2015, la Ville modifie ses moyens de défense pour alléguer que le recours d'Octane est prescrit à l'égard des deux défendeurs.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec (2015 QCCS 5456, 46 M.P.L.R. (5th) 309)*

[17] La Cour supérieure accueille la requête introductive d'instance d'Octane et condamne la Ville à lui payer la somme de 82 898,63 \$. Le recours subsidiaire d'Octane contre M. Thériault est rejeté,

noted that he would have allowed it if he had dismissed the claim against the City.

[18] The trial judge first found that neither the claim against the City nor the claim against Mr. Thériault was prescribed. The six-month period provided for in s. 586 *C.T.A.* did not apply to contractual matters. By arguing that the rules for awarding contracts had not been complied with, the City was admitting that the action had a contractual basis. Moreover, Octane could not have added Mr. Thériault as a defendant before being informed that the City intended to contest the existence of the alleged contract. It was not until October 21, 2010, the date the City had disclosed its grounds of defence, that Octane could see the possibility of making an alternative personal liability claim against Mr. Thériault. Because Octane had amended its motion on November 22, 2011 for that purpose, the trial judge found that its action was not prescribed.

[19] The trial judge then rejected the City's arguments to the effect that it had never authorized a mandate in favour of Octane. In fact, the City had given Octane four separate mandates for the launch of the transportation plan. The fourth mandate was specifically for the production of the event, which Octane had chosen to subcontract to PGB and the cost of which was \$82,898.63. The judge also rejected the City's argument that Octane had deliberately divided up its invoices to bypass the requirement that a public call for tenders be made for any contract over \$100,000.

[20] The trial judge noted that it was Mr. Thériault who had given that fourth mandate: he was the one who had conducted the meeting on April 27, 2007 and received all the proposed scenarios and the budget estimates for the launch of the plan. The judge found Mr. Thériault personally liable to pay the invoice for \$82,898.63 because he had not only given Octane the mandate but had reassured it several times that the City would pay the costs incurred. The judge further noted that Mr. Thériault had subsequently done nothing to make sure that Octane was paid even though he could have recommended to the City's executive committee that the invoice be paid.

bien que le juge souligne qu'il l'aurait accueilli s'il avait rejeté le recours contre la Ville.

[18] Le juge de première instance conclut d'abord que ni le recours contre la Ville, ni celui contre M. Thériault n'est prescrit. Le délai de six mois prévu à l'art. 586 *L.C.V.* ne s'applique pas en matière contractuelle. Or, en plaidant que les règles d'adjudication des contrats n'ont pas été respectées, la Ville admet que le recours possède un fondement contractuel. De plus, Octane ne pouvait ajouter M. Thériault à titre de défendeur avant d'être informée que la Ville entendait contester l'existence du contrat allégué. Ce n'est que le 21 octobre 2010, date à laquelle la Ville a dénoncé ses moyens de défense, qu'Octane a pu entrevoir la possibilité d'exercer un recours subsidiaire en responsabilité personnelle contre M. Thériault. Comme Octane a modifié sa requête le 22 novembre 2011 pour exercer ce recours, le juge de première instance estime que celui-ci n'est pas prescrit.

[19] Le premier juge rejette ensuite les prétentions de la Ville selon lesquelles celle-ci n'a jamais autorisé de mandat en faveur d'Octane. En fait, la Ville a octroyé quatre mandats distincts à Octane dans le cadre du lancement du plan de transport. Le quatrième mandat porte plus particulièrement sur la production de l'événement, qu'Octane a choisi de sous-traiter à PGB et dont le coût s'élève à 82 898,63 \$. Le juge écarte par ailleurs la prétention de la Ville selon laquelle Octane aurait sciemment scindé ses factures pour contourner l'exigence de tenir un appel d'offres public pour tout contrat supérieur à 100 000 \$.

[20] Le juge de première instance souligne que c'est M. Thériault qui a octroyé ce quatrième mandat : c'est lui qui a dirigé la réunion du 27 avril 2007 et qui a reçu toutes les propositions de scénarios ainsi que les estimations budgétaires pour le lancement du plan. Il conclut à la responsabilité personnelle de M. Thériault à l'égard du paiement de la facture de 82 898,63 \$ parce que non seulement il a donné le mandat à Octane, mais il l'a rassurée à plusieurs reprises que la Ville paierait pour les frais engagés. Le juge souligne en outre que M. Thériault n'a rien fait par la suite pour s'assurer qu'Octane soit payée, alors qu'il aurait pu recommander au comité exécutif de la Ville le paiement de cette facture.

[21] Having said that, the trial judge acknowledged that the City should have issued an invitation to tender because the value of the contract awarded to Octane for the production of the event was estimated at more than \$25,000. However, he noted that no one at the City had brought up the need to comply with that rule and that it was also [TRANSLATION] “inconceivable” that the City could have issued an invitation to tender between the meeting on April 27 and the event planned for May 17. The judge nonetheless concluded that, since those rules of public order had not been complied with, the contract had to be annulled and the parties restored to their previous positions in accordance with art. 1699 *C.C.Q.* He therefore rejected the argument that the imperative rules in the *C.T.A.* preclude the restitution of prestations in the municipal context. In the judge’s view, if the legislature had wanted to create an exception to that general law principle in the municipal context, it could have done so in the *C.T.A.* or the *C.C.Q.*, but it had not. In reaching this conclusion, the judge relied on the jurisprudence of the Court of Appeal affirming that art. 1699 *C.C.Q.* applies in the municipal context.

[22] Finally, since restitution for the services could not be made in kind, the trial judge found that it had to be made by equivalence as provided for in art. 1700 *C.C.Q.* He noted that Octane’s services had been provided in good faith, had been of good quality and had benefited the City. In his view, the amount claimed by Octane, \$82,898.63, was equivalent to the fair value of the services provided in this case.

B. *Quebec Court of Appeal (2018 QCCA 223, 81 M.P.L.R. (5th) 39)*

[23] The City appealed, and Octane filed an incidental appeal against Mr. Thériault because the trial judge had not made any award against him despite finding him liable. Mr. Thériault moved for the summary dismissal of that appeal on the ground that Octane could not file an incidental appeal against him because he was not an appellant in the principal appeal. The Court of Appeal dismissed the motion but gave Octane leave to file a notice of appeal in a separate file. In the end, it unanimously dismissed the City’s appeal, though one judge wrote concurring

[21] Cela dit, le juge de première instance reconnaît que la Ville aurait dû tenir un appel d’offres sur invitation puisque la valeur du contrat octroyé à Octane pour la production de l’événement était estimée à plus de 25 000 \$. Cependant, il souligne que personne à la Ville n’a évoqué la nécessité de respecter cette règle et que, par ailleurs, il est « impensable » que la Ville ait pu procéder à un appel d’offres entre la réunion du 27 avril et l’événement prévu pour le 17 mai. Le juge conclut néanmoins que, vu que ces règles d’ordre public n’ont pas été respectées, le contrat doit être annulé et les parties remises en état conformément à ce que prescrit l’art. 1699 *C.c.Q.* Il écarte ainsi l’argument selon lequel les règles impératives de la *L.C.V.* feraient obstacle à la restitution des prestations en matière municipale. À son avis, si le législateur avait voulu faire exception à ce principe de droit commun dans le contexte municipal, il aurait pu le prévoir à la *L.C.V.* ou au *C.c.Q.* Il ne l’a toutefois pas fait. Le juge appuie sa conclusion sur la jurisprudence de la Cour d’appel qui confirme l’application de l’art. 1699 *C.c.Q.* en matière municipale.

[22] Finalement, comme les services ne peuvent être restitués en nature, le premier juge conclut que la restitution doit se faire par équivalent tel que le prévoit l’art. 1700 *C.c.Q.* Il souligne que les services fournis par Octane l’ont été de bonne foi, qu’ils étaient de qualité et qu’ils ont profité à la Ville. Selon lui, le montant réclamé par Octane, soit 82 898,63 \$, équivaut à la juste valeur des services fournis en l’espèce.

B. *Cour d’appel du Québec (2018 QCCA 223, 81 M.P.L.R. (5th) 39)*

[23] La Ville se pourvoit en appel, tandis qu’Octane dépose un appel incident contre M. Thériault parce que le jugement de première instance ne contient aucune condamnation à l’endroit de celui-ci, malgré les conclusions du juge sur sa responsabilité. M. Thériault demande le rejet sommaire de cet appel au motif qu’il n’est pas une partie appelante dans le cadre de l’appel principal, de sorte qu’Octane ne peut déposer un appel incident contre lui. La Cour d’appel refuse cette requête, tout en autorisant Octane à produire une déclaration d’appel dans un dossier

reasons. In light of that outcome, Octane's appeal was declared to be moot.

[24] On the issue of whether a contract had been entered into by Octane and the City, the majority were of the view that the City had not identified any palpable and overriding error in the trial judge's findings on this point. The majority therefore stated that they were bound by those findings. They upheld the trial judge's reasoning on the application of art. 1699 *C.C.Q.* in the municipal context, including where rules of public order in the *C.T.A.* have been breached. In their opinion, it is precisely where a juridical act is annulled because one of the conditions essential to its validity is not met that the parties must be restored to their previous positions. In this regard, they noted that art. 1699 *C.C.Q.* marked a change of direction from the situation that existed under the *Civil Code of Lower Canada* and that it had been recognized in many Court of Appeal decisions since then that the restitution of prestations applies in the municipal context. They concluded from a review of the case law on the matter that the trial judge had properly ordered the restitution of prestations.

[25] The majority added, however, that even if there had been no contract between Octane and the City, the restitution of prestations could still have been ordered under the rules on receipt of a payment not due. In their view, the conditions that must be met for those rules to apply were met, since Octane, through its subcontractor, PGB, had produced the launch event believing mistakenly, but in good faith, that it was bound to provide the services in question to the City.

[26] Finally, the majority noted that the application of the rules on restitution of prestations in the municipal context is not contrary to the public interest underlying the provisions of the *C.T.A.*, since in such a case a municipality is bound to return only the actual value of what it received. A municipality that has overpaid for services it received can therefore show that it is required only to restore a lower amount equivalent to the actual value of the services.

séparé. Au bout du compte, elle rejette l'appel de la Ville à l'unanimité, mais une juge rédige des motifs concordants. Compte tenu de ce résultat, l'appel d'Octane est déclaré sans objet.

[24] Sur la question de savoir si un contrat a été conclu entre Octane et la Ville, les juges majoritaires estiment que la Ville n'a pas relevé la présence d'une erreur manifeste et déterminante entachant les conclusions du juge de première instance sur ce point. Ils se disent donc liés par celles-ci. Ils confirment le raisonnement du juge de première instance sur l'application de l'art. 1699 *C.c.Q.* en matière municipale, notamment dans le cas où des règles d'ordre public prévues à la *L.C.V.* ont été enfreintes. Selon eux, c'est précisément lorsqu'un acte juridique est anéanti pour cause de non-respect d'une des conditions essentielles à sa validité que les parties doivent être remises en état. À cet égard, ils soulignent que l'art. 1699 *C.c.Q.* constitue un changement d'orientation par rapport à la situation qui existait sous le régime du *Code civil du Bas-Canada*, et que de nombreux arrêts de la Cour d'appel ont depuis reconnu que la restitution des prestations s'applique dans le contexte municipal. Forts d'une revue jurisprudentielle sur la question, ils concluent que le juge de première instance a à bon droit ordonné la restitution des prestations.

[25] Les juges majoritaires ajoutent cependant que, même si aucun contrat n'était intervenu entre Octane et la Ville, la restitution des prestations aurait tout de même pu être ordonnée en vertu du régime de la réception de l'indu. Selon eux, les conditions donnant ouverture à l'application de ce régime sont remplies car Octane, par le biais de son sous-traitant PGB, a réalisé l'événement de lancement en croyant erronément, mais de bonne foi, qu'elle était tenue de fournir ces services à la Ville.

[26] Enfin, les juges majoritaires soulignent que l'application du régime de la restitution des prestations dans le contexte municipal ne porte pas atteinte à l'intérêt public qui sous-tend les dispositions de la *L.C.V.*, puisqu'une municipalité ne doit alors remettre que la véritable valeur de ce qu'elle a reçu. Ainsi, une municipalité qui aurait trop payé pour des services reçus pourrait démontrer qu'elle est seulement tenue de restituer une valeur moindre,

The majority added that a breach of good faith may lead a court to exercise its discretion to refuse the restitution of prestations if the circumstances warrant. They found that, in the instant case, the trial judge's findings of fact on this issue were supported by the evidence, so there was no reason to refuse restitution or to modify its scope or modalities using the discretion conferred by para. 2 of art. 1699 *C.C.Q.*

[27] The judge who wrote concurring reasons agreed with the majority's analysis of the application of restitution of prestations in the municipal context. She also agreed that the City had to restore the prestation it had received to Octane because of the nullity of the contract. However, she found that it was not necessary to deal with the issue of receipt of a payment not due. She expressed reservations about the application of the rules on receipt of a payment not due in this case because, in her view, the services in question had been provided by PGB, not by Octane, and it was doubtful that Octane had made a payment to the City.

IV. Issues

[28] Two preliminary remarks are in order before we outline the issues raised by this case.

[29] First, although the case involves two files, Octane's appeal against Mr. Thériault and the City (38073) remains subsidiary to the City's appeal (38066). Octane is appealing to this Court for the same reason it appealed to the Court of Appeal, that is, to obtain an award against Mr. Thériault in the event that the City is successful in the principal appeal. The City is also a respondent in file 38073 because it is required to assume Mr. Thériault's defence under ss. 114.10 and 604.6(2) *C.T.A.*

[30] Second, Octane's claim is only for PGB's production costs and staging and technical equipment rental costs, which amount to \$82,898.63. In March and April 2008, the City paid Octane's other three invoices for its consulting services for the development

équivalente à la valeur réelle de ces services. Les juges majoritaires ajoutent qu'un manquement à la bonne foi pourrait mener un tribunal à exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser la restitution des prestations lorsque les circonstances le justifient. En l'espèce, ils estiment que les conclusions factuelles du juge de première instance sur cette question trouvent appui dans la preuve, de sorte qu'il n'y a pas lieu de refuser ou de modifier l'étendue ou les modalités de la restitution en utilisant le pouvoir discrétionnaire conféré par l'al. 2 de l'art. 1699 *C.c.Q.*

[27] La juge ayant rédigé des motifs concordants se dit d'accord avec l'analyse des juges majoritaires sur l'application de la restitution des prestations dans le contexte municipal et sur le fait que la Ville doit restituer à Octane la prestation reçue en raison de la nullité du contrat. Elle estime toutefois qu'il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la question de la réception de l'indu. Elle exprime des réserves sur l'application de ce régime dans la présente affaire, car c'est à son avis PGB, et non Octane, qui a rendu les services en cause, et il est douteux qu'Octane ait fait ici un paiement à la Ville.

IV. Questions en litige

[28] Deux commentaires préliminaires s'imposent avant de cerner les questions que soulève le pourvoi.

[29] Premièrement, bien que le pourvoi porte sur deux dossiers, l'appel d'Octane contre M. Thériault et la Ville de Montréal (38073) reste subsidiaire par rapport à celui formé par la Ville (38066). Octane interjette appel devant notre Cour pour la même raison que devant la Cour d'appel, soit pour obtenir une condamnation contre M. Thériault si la Ville devait avoir gain de cause dans l'appel principal. La Ville est par ailleurs intimée dans le dossier 38073 parce qu'elle est tenue d'assumer la défense de M. Thériault en vertu des art. 114.10 et 604.6(2) *L.C.V.*

[30] Deuxièmement, la réclamation d'Octane concerne uniquement les frais de production et de location d'équipements scéniques et techniques de PGB, lesquels s'élèvent à 82 898,63 \$. En mars et avril 2008, la Ville a acquitté les trois autres factures de services-conseils

of the launch concept, graphic design and the production of the materials used during the event. But it should be noted that the City has brought an action in the Court of Québec seeking reimbursement of these amounts paid to Octane. That action has been stayed for the moment. In this Court, the City explained that it is seeking reimbursement of these amounts because they were paid in error given the non-existence of any contract between it and Octane. By its own admission, therefore, the City is relying in that action, for its own benefit, on the rules governing restitution of prestations based on receipt of a payment not due.

[31] With this in mind, the issues before the Court are as follows:

1. Do the rules on restitution of prestations apply in the municipal context?
2. Is the restitution of prestations necessary in the instant case and, if so, on what basis?
3. Should an award be made against Mr. Thériault personally?

[32] In our view, the rules on restitution of prestations apply in the municipal context. Although it is true that no contract came into existence between the City and Octane for the production of the launch event because the City did not pass a resolution or by-law to authorize one, the restitution of prestations is nonetheless necessary under the rules on receipt of a payment not due. Restitution must be made by equivalence in the amount of \$82,898.63, as the trial judge found, there is no basis for refusing restitution or for modifying its scope or modalities in any way, and Octane's action in this regard is not prescribed. It follows that Octane's appeal against Mr. Thériault personally is moot. We will deal with each of these issues in turn.

V. Analysis

A. *Restitution of Prestations in the Municipal Context*

[33] The City argues that the provisions of the *Civil Code* governing the restitution of prestations,

d'Octane pour l'élaboration du concept de lancement, la réalisation graphique et la production du matériel utilisé lors de l'événement. Il faut par contre retenir que la Ville a intenté devant la Cour du Québec une action en remboursement de ces sommes payées à Octane. Ce recours est actuellement suspendu. Devant nous, la Ville explique réclamer le remboursement de ces sommes parce qu'elles auraient été payées par erreur en raison de l'inexistence de tout contrat entre elle et Octane. De son propre aveu, elle y invoque ainsi à son bénéfice l'application du régime de la restitution des prestations sur la base de la réception de l'indu.

[31] Cela établi, les questions que notre Cour est appelée à trancher sont les suivantes :

1. Le régime de la restitution des prestations s'applique-t-il en matière municipale?
2. La restitution des prestations s'impose-t-elle en l'espèce, et dans l'affirmative, sur quelle base?
3. Y a-t-il lieu de condamner M. Thériault à titre personnel?

[32] À notre avis, le régime de la restitution des prestations s'applique en matière municipale. Bien qu'il soit vrai qu'aucun contrat n'est né entre la Ville et Octane pour la production de l'événement de lancement en raison de l'absence d'une résolution ou d'un règlement de la Ville l'autorisant, la restitution des prestations s'impose néanmoins en vertu du régime de la réception de l'indu. Cette restitution doit se faire par équivalent pour la somme de 82 898,63 \$ comme l'a conclu le juge de première instance, rien ne justifie de la refuser ou d'en modifier l'étendue ou les modalités de quelque manière, et le recours d'Octane à ce chapitre n'est pas prescrit. Il s'ensuit que l'appel interjeté par cette dernière contre M. Thériault personnellement est sans objet. Nous abordons chacune de ces questions à tour de rôle.

V. Analyse

A. *La restitution des prestations en matière municipale*

[33] La Ville soutient que les dispositions du *Code civil* qui régissent la restitution des prestations aux

arts. 1699 to 1707 *C.C.Q.*, are inconsistent with the rules of public order set out in the *C.T.A.* It submits that the application of the rules on restitution of prestations in the municipal context creates a [TRANSLATION] “bypass” or “formula” for avoiding the application of the rules in the *C.T.A.* (A.F., at paras. 5 and 36). As the City sees it, the restitution of prestations defeats the application of the *C.T.A.* by allowing a person to be paid out of public funds even though the person has contravened rules designed to protect the interests of the public. It maintains that because restitution is contrary to the spirit and letter of the rules for awarding municipal contracts set out in ss. 573 et seq. *C.T.A.*, the general law must yield to the special Acts applicable to legal persons established in the public interest, as provided for in art. 1376 *C.C.Q.* According to the City, the *C.T.A.* thus derogates expressly from the rules on restitution of prestations, which are, as a result, inapplicable under municipal law.

[34] We agree with the trial judge and the Court of Appeal that the rules on restitution of prestations in the *C.C.Q.* apply in the municipal context. The City’s arguments do not withstand scrutiny. The general law applies to municipalities unless the legislature derogates from it. Neither the *C.C.Q.* nor the *C.T.A.* provides for such a derogation. We would add that it is rather paradoxical that the City, which in this Court is contesting the application of the rules on restitution of prestations in the municipal context, is itself relying on those rules in the Court of Québec in seeking restitution of the payments made to Octane in 2008 for the first three invoices.

[35] As for the concerns raised by the City and the interveners about the danger of creating a “bypass”, they are largely tempered by the control mechanisms built into the rules on restitution of prestations. Those rules are based on fairness, and the provisions of the *Civil Code* give judges the flexibility they need to decide whether it is appropriate to order the restitution of prestations and, if so, to determine the modalities and scope of restitution in light of the circumstances of each case. These robust control mechanisms are sufficient to ensure that the rules on restitution of

art. 1699 à 1707 *C.c.Q.* sont incompatibles avec les règles d’ordre public prévues à la *L.C.V.* Selon elle, l’application de ce régime en matière municipale crée une « voie de contournement » ou une « recette » pour éluder l’application de ces règles (m. a., par. 5 et 36). À ses yeux, la restitution des prestations fait échec à l’application de la *L.C.V.* en permettant au contrevenant d’être payé sur les fonds publics malgré la violation de règles visant à protéger l’intérêt des citoyens. Puisque la restitution est, à son avis, contraire à l’esprit et à la lettre des règles d’adjudication des contrats municipaux prévues aux art. 573 et suiv. *L.C.V.*, la Ville estime que le droit commun doit céder le pas aux lois particulières applicables aux personnes morales de droit public, comme le prévoit l’art. 1376 *C.c.Q.* Selon la Ville, la *L.C.V.* déroge donc expressément au régime de la restitution des prestations, qui est dès lors inapplicable en droit municipal.

[34] À l’instar du juge de première instance et de la Cour d’appel, nous sommes d’avis que le régime de la restitution des prestations du *C.c.Q.* s’applique en matière municipale. Les arguments que présente la Ville ne résistent pas à l’analyse. Le droit commun s’applique aux municipalités à moins que le législateur n’y déroge. Or, ni le *C.c.Q.* ni la *L.C.V.* ne prévoient une telle dérogation. Il est d’ailleurs plutôt paradoxal de constater que la Ville, qui conteste devant nous l’application du régime de la restitution des prestations en matière municipale, invoque elle-même ce régime devant la Cour du Québec afin d’obtenir la restitution du paiement des trois premières factures fait à Octane en 2008.

[35] Pour ce qui est des craintes que soulèvent la Ville et les intervenantes à l’égard du danger de créer une « voie de contournement », elles sont largement tempérées par les mécanismes de contrôle qui caractérisent le régime de la restitution des prestations. Il s’agit d’un régime fondé sur l’équité, et les dispositions du *Code civil* donnent au juge la souplesse nécessaire pour décider de l’opportunité d’ordonner la restitution des prestations et pour en déterminer, le cas échéant, les modalités et l’étendue eu égard aux circonstances de chaque cas. Ces mécanismes

prestations are not used improperly in the municipal context.

(1) Application of the General Principles in the C.C.Q. to Municipalities

[36] The *Civil Code* sets out a number of guiding principles of Quebec civil law. Its preliminary provision indicates that it is the foundation of all other laws that apply or rely on civil law concepts. By virtue of arts. 300 and 1376 *C.C.Q.*, this includes the laws that govern legal persons established in the public interest, such as municipalities (art. 298 *C.C.Q.*). Article 300 para. 1 *C.C.Q.* thus provides that legal persons established in the public interest are primarily governed by the special Acts by which they are constituted and by those which are applicable to them. Paragraph 2 of that article refers directly to the suppletive nature of the *Civil Code*; it states that the *C.C.Q.*'s general rules concerning their status as legal persons, their property or their relations with other persons are applicable to them. Further, art. 1376 *C.C.Q.* provides that the rules set forth in Book Five, Obligations, “apply to the State and its bodies, and to all other legal persons established in the public interest, subject to any other rules of law which may be applicable to them”. This provision indicates that, where obligations are concerned, the *C.C.Q.* represents the general law applicable to legal persons established in the public interest (*Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, at paras. 25 et seq.; *Prud’homme v. Prud’homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663, at para. 27; see also P.-A. Côté, “La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l’Administration québécoise — Commentaire de l’arrêt Laurentide Motels” (1994), 28 *R.J.T.* 411, at p. 423). Since the rules on restitution of prestations are in the Book on Obligations, they apply to municipalities unless other special rules exclude their application. According to the City, this is precisely the effect of ss. 573 et seq. *C.T.A.*, which govern the awarding of municipal contracts.

[37] On this point, the City argues that the purpose of these provisions, in their spirit and letter, is to strictly regulate the formation of municipal

de contrôle robustes suffisent pour s’assurer que le régime de la restitution des prestations n’est pas utilisé de manière illégitime dans le contexte municipal.

(1) L’application des principes généraux du C.c.Q. aux municipalités

[36] Le *Code civil* énonce plusieurs principes directeurs du droit civil québécois. Sa disposition préliminaire signale qu’il constitue le fondement des autres lois qui mettent en œuvre ou s’appuient sur des notions de droit civil. Par l’effet des art. 300 et 1376 *C.c.Q.*, cela inclut les lois qui régissent les personnes morales de droit public telles que les municipalités (art. 298 *C.c.Q.*). L’article 300 al. 1 *C.c.Q.* prévoit ainsi que les personnes morales de droit public sont régies au premier chef par les lois particulières qui les constituent et par celles qui leur sont applicables. L’alinéa 2 de cet article renvoie directement au caractère supplétif du *Code civil*; il énonce que les règles générales édictées par le *C.c.Q.* portant sur leur statut de personne morale, sur leurs biens ou encore sur leurs rapports avec les autres personnes, leur sont applicables. L’article 1376 *C.c.Q.* prévoit par ailleurs que les règles du livre cinquième Des obligations « s’appliquent à l’État, ainsi qu’à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables ». Cette disposition nous indique que, dans le domaine des obligations, le *C.c.Q.* représente le droit commun applicable aux personnes morales de droit public (*Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, par. 25 et suiv.; *Prud’homme c. Prud’homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 27; voir également P.-A. Côté, « La détermination du domaine du droit civil en matière de responsabilité civile de l’Administration québécoise — Commentaire de l’arrêt Laurentide Motels » (1994), 28 *R.J.T.* 411, p. 423). Comme le régime de la restitution des prestations fait partie du livre Des obligations, il s’applique aux municipalités à moins que d’autres règles particulières n’en écartent l’application. Selon la Ville, c’est précisément l’effet des art. 573 et suiv. *L.C.V.* qui régissent l’adjudication de contrats municipaux.

[37] Sur ce point, la Ville soutient que l’esprit et la lettre de ces dispositions visent à encadrer de manière stricte la formation d’un contrat municipal pour

contracts in order to protect public funds. From this perspective, if the restitution of prestations applies in the municipal context in cases where these rules of public order have been infringed, a contracting party could, after the fact, rely on the benefit derived by a municipality from services provided to it in order to obtain “compensation” paid out of public funds, despite the fact that the process was unlawful (A.F., at para. 4). According to the City, these provisions of the *C.T.A.* therefore derogate from the rules established by the *C.C.Q.* for the restitution of prestations.

[38] Before we address this argument, a terminological clarification is required. Where a juridical act is subsequently annulled with retroactive effect, the principle is that the parties must be restored to their previous positions under the rules on restitution of prestations (arts. 1422 and 1699 to 1707 *C.C.Q.*). Contrary to what the City argues, this is not [TRANSLATION] “compensation” or “payment” for a service received. A contract that is annulled or resolved disappears from a legal standpoint; the effects it may have produced since its formation must therefore disappear with it. In such a case, not only are the parties relieved of their respective obligations, but they must also be restored to the legal and economic positions they were in before the contract was concluded (J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, at Nos. 377 and 920; D. Lluellas and B. Moore, *Droit des obligations* (3rd ed. 2018), at No. 1223; J. Pineau, D. Burman and S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4th ed. 2001), by J. Pineau and S. Gaudet, at No. 413). Whether such restoration is ordered to be made in kind or by equivalence makes no difference. According to art. 1700 *C.C.Q.*, restitution of prestations in kind is the rule, while restitution by equivalence is the exception; in both cases, however, restitution flows from the same principle of restoring the parties to their previous positions.

[39] Sections 573 et seq. *C.T.A.* require certain rules to be followed when municipal contracts are awarded. Since the purpose of these provisions is to protect public funds and taxpayers’ interests, a contract entered into in violation of these rules is absolutely null (arts. 1416 to 1418 *C.C.Q.*; *Autobus*

protéger les fonds publics. Dans ce contexte, l’application de la restitution des prestations en matière municipale en cas de violation de ces règles d’ordre public permettrait à un cocontractant d’invoquer après coup le bénéfice qu’a retiré une municipalité d’une prestation de services pour recevoir une « compensation » payée sur les fonds publics, et ce, malgré l’illégalité du processus (m.a., par. 4). Selon la Ville, ces dispositions de la *L.C.V.* dérogent en conséquence aux règles édictées par le *C.c.Q.* en matière de restitution des prestations.

[38] Avant d’aborder cet argument, une précision d’ordre terminologique s’impose. Lorsqu’un acte juridique est subséquemment annulé de façon rétroactive, le principe est la remise en état des parties aux termes du régime de la restitution des prestations (art. 1422 et 1699 à 1707 *C.c.Q.*). Contrairement à ce que prétend la Ville, il ne s’agit pas d’un « dédommagement », d’une « compensation », d’une « indemnisation » ou d’une « rétribution » pour le service obtenu. Un contrat qui est annulé ou résolu disparaît juridiquement; les effets qu’il a pu produire depuis sa formation doivent donc disparaître avec lui. Dans un tel cas, les parties ne sont pas seulement affranchies de leurs obligations respectives, mais elles doivent aussi être remises dans la situation juridique et économique où elles se trouvaient avant sa conclusion (J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (7^e éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, n^{os} 377 et 920; D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations* (3^e éd. 2018), n^o 1223; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4^e éd. 2001), par J. Pineau et S. Gaudet, n^o 413). Que cette remise en état soit ordonnée en nature ou par équivalent n’y change rien. Suivant l’art. 1700 *C.c.Q.*, la restitution des prestations en nature est la règle, tandis que la restitution par équivalent est l’exception; dans les deux cas, la restitution découle toutefois du même principe de remise en état.

[39] Les articles 573 et suiv. *L.C.V.* prévoient que l’octroi de contrats municipaux doit respecter certaines règles. Comme l’objectif visé par ces dispositions est la protection des fonds publics et l’intérêt des contribuables, la nullité absolue sanctionne le contrat conclu en violation de ces règles (art. 1416

Dufresne inc. v. Réseau de transport métropolitain, 2017 QCCS 5812, at para. 41 (CanLII); *Construction Irebec inc. v. Montréal (Ville de)*, 2015 QCCS 4303, at para. 104 (CanLII); *Centre de téléphone mobile (Québec) inc. v. Marieville (Ville de)*, 2006 QCCS 1179, [2006] AZ-50359395, at para. 32; P. Garant, *Droit administratif* (7th ed. 2017), at p. 476; J. Héту and Y. Duplessis, with L. Vézina, *Droit municipal: Principes généraux et contentieux* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at para. 9.73; P. Giroux and D. Lemieux, *Contrats des organismes publics québécois* (loose-leaf), at para. 5-800; Baudouin and Jobin, at No. 372). The fact that these provisions are of public order and that their violation is sanctioned by the absolute nullity of the contract is not an express or even an implicit derogation from the rules on restitution of prestations. It is precisely because the contract is held to be null, and is therefore deemed never to have existed under art. 1422 *C.C.Q.*, that the restitution of prestations is important: a person who has received something under a null contract has received it without right (Lluelles and Moore, at No. 1224). The fact that ss. 573 et seq. *C.T.A.* are of public order and that their violation is sanctioned by absolute nullity is not inherently incompatible with the principle of restitution. In fact, these provisions make it all the more necessary that the parties be restored to their previous positions.

[40] In the absence of clear, unequivocal legislative direction to this effect, the importance of the *C.T.A.*'s public order provisions is not enough to exclude the application of the rules of the general law. As the trial judge rightly noted, if the legislature had intended to derogate from the rules on restitution of prestations in the municipal context, it would have stated this clearly, either in the *C.T.A.* or in the *C.C.Q.* (Sup. Ct., at para. 153). Since there is no such derogation, the principle remains the restoration of the parties to their previous positions, which must occur "where" ("*chaque fois*" (each time) in the French version) a juridical act is annulled with retroactive effect (art. 1699 *C.C.Q.*; Baudouin and Jobin, at No. 920; Pineau, Burman and Gaudet, at No. 206; C.A., at para. 38). Moreover, there is no support in the case law or the academic literature for the City's argument that the rules on restitution of prestations have no place in the municipal context. In fact,

à 1418 *C.c.Q.*; *Autobus Dufresne inc. c. Réseau de transport métropolitain*, 2017 QCCS 5812, par. 41 (CanLII); *Construction Irebec inc. c. Montréal (Ville de)*, 2015 QCCS 4303, par. 104 (CanLII); *Centre de téléphone mobile (Québec) inc. c. Marieville (Ville de)*, 2006 QCCS 1179, [2006] AZ-50359395, par. 32; P. Garant, *Droit administratif* (7^e éd. 2017), p. 476; J. Héту et Y. Duplessis, avec la collaboration de L. Vézina, *Droit municipal : Principes généraux et contentieux* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, par. 9.73; P. Giroux et D. Lemieux, *Contrats des organismes publics québécois* (feuilles mobiles), par. 5-800; Baudouin et Jobin, n^o 372). Le fait que ces dispositions soient d'ordre public et que leur violation soit sanctionnée par la nullité absolue du contrat ne constitue pas une dérogation, explicite ou même implicite, au régime de la restitution des prestations. C'est précisément parce que le contrat est jugé nul, et partant réputé n'avoir jamais existé selon l'art. 1422 *C.c.Q.*, qu'il importe de procéder à la restitution des prestations : celui qui a reçu en vertu d'un contrat nul a en effet reçu sans droit (Lluelles et Moore, n^o 1224). Le fait que les art. 573 et suiv. *L.C.V.* soient d'ordre public et que leur violation soit sanctionnée par la nullité absolue n'est pas en soi incompatible avec le principe de la restitution. De fait, ces dispositions rendent d'autant plus nécessaire la remise en état des parties.

[40] À défaut d'indication législative claire et non équivoque en ce sens, l'importance des dispositions d'ordre public prévues à la *L.C.V.* ne suffit pas pour écarter l'application du régime de droit commun. Comme le souligne avec à-propos le juge de première instance, si le législateur avait voulu déroger au régime de la restitution des prestations en matière municipale, il l'aurait énoncé clairement, soit à la *L.C.V.*, soit au *C.c.Q.* (C.S., par. 153). En l'absence d'une telle dérogation, le principe demeure celui de la remise en état des parties, qui doit s'effectuer « chaque fois » qu'un acte juridique est anéanti de façon rétroactive (art. 1699 *C.c.Q.*; Baudouin et Jobin, n^o 920; Pineau, Burman et Gaudet, n^o 206; C.A., par. 38). Il n'y a d'ailleurs aucun appui en jurisprudence ou en doctrine à la prétention de la Ville voulant que le régime de la restitution des prestations n'ait pas sa place en matière municipale. De fait, la jurisprudence de la Cour d'appel

the jurisprudence of the Court of Appeal indicates just the opposite: *Ville de Saguenay v. Construction Unibec inc.*, 2019 QCCA 38, at paras. 43-44 (CanLII); *Québec (Ville) v. GM Développement inc.*, 2017 QCCA 385, 72 M.P.L.R. (5th) 203; *Lacroix & Fils ltée v. Carleton-sur-Mer (Ville)*, 2014 QCCA 1345, 27 M.P.L.R. (5th) 10, at paras. 77-83; *Montréal (Ville de) v. St-Pierre (Succession de)*, 2008 QCCA 2329, [2009] R.J.Q. 54; *Habitations de la Rive-Nord inc. v. Repentigny (Ville)*, 2001 CanLII 10048 (Que. C.A.).

(2) Restitution of Prestations in the Municipal Context Does Not Create a “Bypass”

[41] In this regard, the “bypass” argument raised by the City is not persuasive. First of all, the rules on restitution of prestations give a judge the power to determine the fair value of restitution. Where restitution cannot be made in kind, it may be made by equivalence (art. 1700 *C.C.Q.*). It is up to the judge to objectively determine the value for which restitution must be made in order to restore the parties to their previous positions, based on the evidence in the record and the circumstances of each case (Baudouin and Jobin, at No. 922; Pineau, Burman and Gaudet, at No. 210). It is true that the value the parties assign to a service in their contract will often correspond to its true value, but this will not always be the case (Baudouin and Jobin, at No. 25; Pineau, Burman and Gaudet, at No. 210). It follows that a municipality will not necessarily be bound by the price charged or even by the terms of the agreement once restitution must be made for a prestation provided under a contract for services that is declared null. The Court of Appeal correctly noted that a municipality that has undertaken to pay far too much for services because it has failed to comply with the competitive bidding procedure will be able to prove the fair value of the services provided and will be required to restore only that value (para. 62).

[42] In addition, para. 2 of art. 1699 *C.C.Q.* provides that a court may, exceptionally, refuse the restitution of prestations or modify the scope or modalities of restitution where one party derives an undue advantage from it. The Superior Court stated in a recent

indique précisément le contraire : *Ville de Saguenay c. Construction Unibec inc.*, 2019 QCCA 38, par. 43-44 (CanLII); *Québec (Ville) c. GM Développement inc.*, 2017 QCCA 385, 72 M.P.L.R. (5th) 203; *Lacroix & Fils ltée c. Carleton-sur-Mer (Ville)*, 2014 QCCA 1345, 27 M.P.L.R. (5th) 10, par. 77-83; *Montréal (Ville de) c. St-Pierre (Succession de)*, 2008 QCCA 2329, [2009] R.J.Q. 54; *Habitations de la Rive-Nord inc. c. Repentigny (Ville)*, 2001 CanLII 10048 (C.A. Qc).

(2) La restitution des prestations en matière municipale ne crée pas une « voie de contournement »

[41] À ce chapitre, l’argument de la « voie de contournement » que soulève la Ville ne convainc pas. D’abord, le régime de la restitution des prestations accorde au juge le pouvoir de déterminer la juste valeur de la restitution. Lorsque cette dernière ne peut se faire en nature, elle se fait par équivalent (art. 1700 *C.c.Q.*). Il appartient au juge de déterminer de manière objective la valeur sujette à restitution afin de remettre les parties en état, sur la base de la preuve au dossier et des circonstances propres à chaque cas (Baudouin et Jobin, n° 922; Pineau, Burman et Gaudet, n° 210). Certes, la valeur attribuée à un service par les parties au terme de leur contrat correspondra souvent à sa valeur réelle, mais ce ne sera pas toujours le cas (Baudouin et Jobin, n° 25; Pineau, Burman et Gaudet, n° 210). Ainsi, une municipalité ne sera pas nécessairement liée par le prix demandé ou même par les termes de l’entente dès qu’une prestation fournie dans le cadre d’un contrat de services déclaré nul est sujette à restitution. La Cour d’appel souligne avec raison qu’une municipalité qui s’est engagée à payer beaucoup trop cher des services parce qu’elle a omis de respecter la procédure de mise en concurrence pourra faire la preuve de la juste valeur des services rendus et n’être obligée qu’à cette valeur (par. 62).

[42] Ensuite, l’al. 2 de l’art. 1699 *C.c.Q.* permet exceptionnellement au tribunal de refuser de modifier l’étendue ou les modalités de la restitution des prestations si une partie en retire un avantage indu. La Cour supérieure précise dans une décision récente

decision that [TRANSLATION] “[d]eriving an undue advantage means receiving a profit or securing a gain or benefit that seems to a reasonable person to be unfair — in short, that offends against reason and fairness” (*Rouleau v. Canada (Procureur général)*, 2016 QCCS 4887, at para. 132 (CanLII)). This could be the case, for example, where restitution results in a gain for one party or causes a loss that is reflected in a corresponding gain for the other party, because the purpose of restitution is to restore the parties to their previous positions, not to enrich them (*Langevin v. Mercier*, 2010 QCCA 1763, at paras. 67-73 (CanLII); *Boucher v. Développements Terriglobe inc.*, [2001] R.D.I. 2013 (Que. C.A.), at para. 31; *Fortier v. Compagnie d’arrimage de Québec ltée*, 2014 QCCS 1984, at paras. 90-92 (CanLII); *Hakim v. Guse*, 2013 QCCS 1020; *9112-2648 Québec inc. v. Cauchon et associés inc.*, 2005 CanLII 44114 (Que. Sup. Ct.), at paras. 21-22; *Marcotte v. Longueuil (City)*, 2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65, at paras. 35-36).

[43] The reason why restitution is tempered in this way is readily understandable: since the purpose of the rules on restitution is to restore the parties to their previous positions, it would be paradoxical if restitution were to be a source of unjust enrichment (Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. 1, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), at pp. 1056-57; Lluellas and Moore, at No. 1237). By giving a court the power to refuse restitution or to modify its scope or modalities, the legislature ensures that the remedy for a first iniquity does not create a second one. Of course, the existence of an undue advantage is not presumed, and the debtor of the restitution bears the burden of proving that the creditor of the restitution enjoys such an advantage in each case (*Amex Bank of Canada v. Adams*, 2014 SCC 56, [2014] 2 S.C.R. 787, at para. 38; Lluellas and Moore, at No. 1237; Baudouin and Jobin, at No. 921; Pineau, Burman and Gaudet, at No. 219; K. A. Desfossés, *L’extinction de l’obligation et la restitution des prestations (Art. 1671 à 1707 C.c.Q.)* (2015), at para. 1699 560; S. Gaudet, “La restitution des prestations: premiers regards sur les articles 1699 à 1707 du Code civil du Québec”, in *Les Obligations: quoi de neuf? — Reprenons par le commencement, voulez-vous?* (1995)). But to the

que « [r]etirer un avantage indu, c’est recevoir un profit, obtenir un gain ou tirer un bénéfice qui apparaît injuste aux yeux d’une personne raisonnable, bref, qui choque la raison et l’équité » (*Rouleau c. Canada (Procureur général)*, 2016 QCCS 4887, par. 132 (CanLII)). Ce pourrait notamment être le cas lorsque la restitution procure un gain à une partie ou cause une perte qui se traduit par un gain corrélatif de l’autre partie; en effet, la restitution vise à remettre les parties en état, et non à les enrichir (*Langevin c. Mercier*, 2010 QCCA 1763, par. 67-73 (CanLII); *Boucher c. Développements Terriglobe inc.*, [2001] R.D.I. 2013 (C.A. Qc), par. 31; *Fortier c. Compagnie d’arrimage de Québec ltée*, 2014 QCCS 1984, par. 90-92 (CanLII); *Hakim c. Guse*, 2013 QCCS 1020; *9112-2648 Québec inc. c. Cauchon et associés inc.*, 2005 CanLII 44114 (C.S. Qc), par. 21-22; *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65, par. 35-36).

[43] Ce tempérament se comprend aisément : dans la mesure où l’objectif du régime est la remise en état des parties, il serait paradoxal que la restitution soit la source d’un enrichissement indu (ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), p. 1056-1057; Lluellas et Moore, n° 1237). En conférant au tribunal le pouvoir de refuser ou de modifier l’étendue ou les modalités de la restitution, le législateur s’assure que la correction d’une première iniquité n’en crée pas une seconde. Bien entendu, l’existence d’un avantage indu ne se présume pas et il appartient au débiteur de la restitution de faire la preuve que le créancier de la restitution jouit d’un tel avantage dans chaque cas (*Banque Amex du Canada c. Adams*, 2014 CSC 56, [2014] 2 R.C.S. 787, par. 38; Lluellas et Moore, n° 1237; Baudouin et Jobin, n° 921; Pineau, Burman et Gaudet, n° 219; K. A. Desfossés, *L’extinction de l’obligation et la restitution des prestations (Art. 1671 à 1707 C.c.Q.)* (2015), par. 1699 560; S. Gaudet, « La restitution des prestations : premiers regards sur les articles 1699 à 1707 du Code civil du Québec », dans *Les Obligations : quoi de neuf? — Reprenons par le commencement, voulez-vous?* (1995)). Cependant, dans la mesure où l’avantage indu tempère le caractère obligatoire de la remise

extent that undue advantage tempers the requirement that the parties be restored to their previous positions and gives the court the flexibility needed to assess the circumstances surrounding restitution, para. 2 of art. 1699 *C.C.Q.* ensures that the application of the rules on restitution in the municipal context will not create an incentive to bypass rules of public order.

[44] We note in this regard that the fair value of the services provided and the undue advantage that one party would derive from restitution are two separate concepts. According to the wording of art. 1700 *C.C.Q.*, restitution by equivalence is an exception to restitution in kind. A judge ruling on restitution by equivalence must determine the fair — or objective — value of the property or service provided. This determination is separate from the question of whether one party would derive an undue advantage from full restitution, which falls within the exceptional discretion conferred on a court by para. 2 of art. 1699 *C.C.Q.* For example, the value of a prestation does not necessarily exclude the profit the other contracting party would have made if the contract had not been declared null (Baudouin and Jobin, at No. 925; Pineau, Burman and Gaudet, at No. 210). However, a judge might find that including such a profit when granting restitution for services provided could accord an undue advantage in the municipal context. In other words, there must [TRANSLATION] “remain an undue advantage only after the general rules are applied”, including the rules governing the assessment by equivalence of the value of services rendered (P. Fréchette, *La restitution des prestations* (2018), at p. 426).

[45] The City, supported by the interveners, suggests that obtaining a municipal contract in violation of the rules of public order for awarding such contracts necessarily constitutes an undue advantage and that a court hearing such a case should automatically refuse the restitution of prestations. We cannot accept that argument. The discretion to refuse restitution or to modify its scope or modalities under para. 2 of art. 1699 *C.C.Q.* is exceptional (*Amex*, at para. 38; *St-Pierre (Succession de)*; Lluelles and Moore, at No. 1237; Baudouin and Jobin, at No. 921; Pineau, Burman and Gaudet, at Nos. 395-96; Desfossés, at para. 1699 560). To suggest that restitution must be

en état et confère au tribunal la souplesse nécessaire pour apprécier les circonstances entourant la restitution, l’al. 2 de l’art. 1699 *C.c.Q.* garantit que l’application du régime de la restitution en matière municipale n’incitera pas à contourner les règles d’ordre public.

[44] Nous précisons à cet égard que la juste valeur des services rendus et l’avantage indu que retirerait une partie de la restitution sont deux notions distinctes. Suivant le libellé de l’art. 1700 *C.c.Q.*, la restitution par équivalent constitue une exception à la restitution en nature. Le juge appelé à se prononcer sur la restitution par équivalent doit déterminer la juste valeur — ou la valeur objective — du bien ou du service rendu. Cette détermination est indépendante de la question de savoir si une partie retirerait un avantage indu d’une restitution intégrale, laquelle relève du pouvoir discrétionnaire exceptionnel que confère l’al. 2 de l’art. 1699 *C.c.Q.* au tribunal. Par exemple, la valeur d’une prestation n’exclut pas nécessairement le profit qu’aurait réalisé le cocontractant si le contrat n’avait pas été déclaré nul (Baudouin et Jobin, n° 925; Pineau, Burman et Gaudet, n° 210). Mais, un juge pourrait conclure qu’accorder la restitution de services rendus en incluant les profits réalisés pourrait constituer un avantage indu en matière municipale. En d’autres termes, il faut « que l’avantage indu ne subsiste qu’après avoir appliqué les règles générales », notamment celles qui régissent l’appréciation par équivalent de la valeur des services rendus (P. Fréchette, *La restitution des prestations* (2018), p. 426).

[45] La Ville, appuyée par les intervenantes, suggère que l’obtention d’un contrat municipal en violation des règles d’ordre public en matière d’adjudication constitue forcément un avantage indu et que le tribunal saisi devrait automatiquement refuser la restitution des prestations dans un tel cas. Nous ne pouvons souscrire à cet argument. Le pouvoir discrétionnaire de ne pas ordonner ou de modifier l’étendue ou les modalités de la restitution que confère l’al. 2 de l’art. 1699 *C.c.Q.* est d’application exceptionnelle (*Amex*, par. 38; *St-Pierre (Succession de)*; Lluelles et Moore, n° 1237; Baudouin et Jobin, n° 921; Pineau, Burman et Gaudet, n°s 395-396; Desfossés,

refused automatically where there has been a failure to comply with the law is contrary to the very wording of this provision. The discretion to refuse restitution or to modify its scope or modalities cannot be exercised unless it has first been shown that restitution would accord an undue advantage. The violation of a rule of public order will not necessarily result in such an advantage (Lluelles and Moore, at No. 1237). Moreover, because the purpose of the restitution of prestations is not to punish negligent conduct but simply to restore the parties to their previous positions after their obligational relationship is nullified, it seems unwise to endorse a rule that would automatically preclude any restitution. Such a rigid approach would be inconsistent with the purpose underlying the restitution of prestations. In this regard, the discretion conferred on a court is an equitable one that must be exercised with a view to achieving a balance between the parties (*Langevin*, at para. 71; Baudouin and Jobin, at No. 921; Fréchette, at pp. 423-24). The appropriateness of tempering restitution under para. 2 of art. 1699 *C.C.Q.* must be assessed on a case-by-case basis and not, as the City suggests, on the basis of automatic or pre-established rules.

B. *Restitution of Prestations in the Instant Case*

[46] Chapter IX of Title One of the Book on Obligations, which is the chapter dealing with the restitution of prestations, does not create a right to restitution. Rather, it sets out the mechanism for restoring the parties to their previous positions, that is, the modalities involved and the circumstances in which the mechanism operates. Such restoration presupposes the existence of an obligation that can ground restitution.

[47] According to para. 1 of art. 1699 *C.C.Q.*, there is an obligation to make restitution where a person is bound to return to another person that which he or she has received without right, in error or under a juridical act which is subsequently annulled with retroactive effect. The last of these situations is provided for in art. 1422 *C.C.Q.*, which states that a contract that is null is deemed never to have existed. In such a case, the past effects of the contract are erased and

par. 1699 560). Soutenir que l'on doit refuser automatiquement la restitution en cas de non-respect de la loi va à l'encontre du libellé même de cette disposition. Pour être en mesure d'exercer le pouvoir discrétionnaire de refuser ou de modifier l'étendue ou les modalités de la restitution, il faut au préalable qu'il ait été démontré que celle-ci procurerait un avantage indu. Or, la violation d'une règle d'ordre public ne mènera pas nécessairement à un tel avantage (Lluelles et Moore, n° 1237). En outre, comme la restitution des prestations ne vise pas à punir un comportement négligent, mais simplement à remettre les parties en état à la suite de l'anéantissement du rapport d'obligation qui les unissait, il nous apparaît malavisé de cautionner une règle qui ferait automatiquement obstacle à toute restitution. Une approche aussi rigide serait incompatible avec l'objectif qui sous-tend la restitution des prestations. À cet égard, le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal est un pouvoir d'équité qui doit être exercé dans le but d'atteindre un équilibre entre les parties (*Langevin*, par. 71; Baudouin et Jobin, n°921; Fréchette, p. 423-424). L'opportunité de recourir au tempérament de l'al. 2 de l'art. 1699 *C.c.Q.* doit être évaluée au cas par cas, et non sur la base d'automatismes ou de règles préétablies comme le suggère la Ville.

B. *La restitution des prestations en l'espèce*

[46] Le chapitre neuvième du titre premier du livre Des obligations qui traite de la restitution des prestations ne crée pas le droit à la restitution. Ce chapitre expose plutôt le mécanisme de la remise en état, à savoir ses modalités et les circonstances dans lequel il opère. La remise en état suppose l'existence d'une obligation qui donne ouverture à la restitution.

[47] Selon l'al. 1 de l'art. 1699 *C.c.Q.*, il existe une obligation de restitution chaque fois qu'une personne est tenue de rendre à une autre ce qu'elle a reçu sans droit, par erreur ou en vertu d'un acte juridique subséquentement anéanti de manière rétroactive. Cette dernière situation est prévue à l'art. 1422 *C.c.Q.*, qui dispose que le contrat frappé de nullité est réputé n'avoir jamais existé. Dans ce cas, les effets qu'il a entraînés dans le passé sont effacés et les parties

the parties are restored to the legal and economic positions they were in before the juridical act was entered into (Desfossés, at para. 1699 555; Lluelles and Moore, at Nos. 1222-23; *Fortin v. Chrétien*, 2001 SCC 45, [2001] 2 S.C.R. 500, at para. 25). The rules on receipt of a payment not due in arts. 1491 and 1492 *C.C.Q.* are also one of the sources of the obligation to make restitution (Lluelles and Moore, at No. 1362; Baudouin and Jobin, at No. 529; Pineau, Burman and Gaudet, at No. 263; Desfossés, at para. 1699 555). Thus, a payment made in error, in the absence of an obligational relationship, requires the person who receives it to make restitution (art. 1554 *C.C.Q.*; *Amex*, at paras. 28-39).

[48] Here, the trial judge concluded that the City had an obligation to restore to Octane the prestations received on the basis of a contract that was declared null. In his view, a contract had indeed been entered into by the City and Octane for the production of the launch event of May 17, 2007, but that contract had to be annulled because it had been entered into in violation of the rules for awarding contracts set out in ss. 573 et seq. *C.T.A.* The Court of Appeal considered itself bound by that conclusion and upheld the trial judge's decision. The majority added that, even if they had found that the City and Octane had not entered into a contract, they would nonetheless have ordered the restitution of prestations under the rules on receipt of a payment not due.

[49] In this Court, the City argues that the courts below erred in ordering restitution. First, it submits that no contract was entered into by the parties because it could not have given its consent to an agreement without a resolution duly passed by its municipal council or authorization by an officer acting under a delegation of powers who was entitled to consent in its name. As a result, it argues, an obligation to make restitution cannot have originated in a juridical act that was subsequently annulled pursuant to art. 1422 *C.C.Q.*, because no such juridical act ever existed. Nor, the City adds, can an obligation to make restitution be grounded in receipt of a payment not due, because the conditions set out in art. 1491 *C.C.Q.* are not met. According to the City, Octane made a payment of \$82,898.63 to PGB, not

sont replacées dans la situation juridique et économique où elles se trouvaient avant la conclusion de l'acte juridique (Desfossés, par. 1699 555; Lluelles et Moore, nos 1222-1223; *Fortin c. Chrétien*, 2001 CSC 45, [2001] 2 R.C.S. 500, par. 25). Le régime de la réception de l'indu visé aux art. 1491 et 1492 *C.c.Q.* constitue également une des sources de l'obligation de restitution (Lluelles et Moore, n° 1362; Baudouin et Jobin, n° 529; Pineau, Burman et Gaudet, n° 263; Desfossés, par. 1699 555). Ainsi, le paiement fait par erreur, en l'absence d'un lien d'obligation, astreint celui qui l'a reçu à le restituer (art. 1554 *C.c.Q.*; *Amex*, par. 28-39).

[48] Ici, le juge de première instance a conclu que la Ville avait l'obligation de restituer à Octane les prestations reçues sur la base d'un contrat déclaré nul. Selon lui, un contrat est bel et bien intervenu entre la Ville et Octane pour la production de l'événement de lancement du 17 mai 2007, mais ce contrat doit être annulé parce qu'il a été conclu en violation des règles d'adjudication prévues aux art. 573 et suiv. *L.C.V.* La Cour d'appel s'est estimée liée par cette conclusion et a confirmé le jugement de première instance. Les juges majoritaires ont ajouté que, même s'ils avaient conclu qu'aucun contrat n'était intervenu entre la Ville et Octane, ils auraient néanmoins ordonné la restitution des prestations en application du régime de la réception de l'indu.

[49] Devant nous, la Ville plaide que les tribunaux de juridiction inférieure ont ordonné à tort la restitution. Elle soutient, d'une part, qu'aucun contrat n'est intervenu entre les parties, au motif qu'elle ne pouvait donner son accord à une entente en l'absence d'une résolution dûment adoptée par son conseil municipal, ou encore d'une autorisation par un fonctionnaire jouissant d'une délégation de pouvoirs l'habilitant à consentir en son nom. L'obligation de restitution ne peut donc, à son avis, prendre sa source dans un acte juridique subséquentement anéanti sur la base de l'art. 1422 *C.c.Q.*, car un tel acte juridique n'a jamais existé. La Ville ajoute, d'autre part, que la réception de l'indu ne peut non plus fonder l'obligation de restitution parce que les conditions énoncées à l'art. 1491 *C.c.Q.* ne sont pas remplies. Selon elle,

to the City. And even if there was a payment, it was not made in error.

[50] We agree with the City that no contract came into existence between it and Octane for the event production services and that restitution therefore cannot be grounded in the retroactive annulment of a juridical act in accordance with the doctrine of nullity. Nonetheless, we are of the view that the conditions imposed by the rules on receipt of a payment not due are satisfied in the instant case, with the result that the parties must still be restored to their previous positions under arts. 1491 and 1492 *C.C.Q.* We will begin by looking at why the trial judge erred in finding that Octane and the City had a contract for the production of the event of May 17, 2007. We will then explain why the rules on receipt of a payment not due apply in the circumstances of this case.

(1) Non-existence of a Juridical Act That Could Be Annulled

[51] According to para. 1 of art. 1378 *C.C.Q.*, a contract is “an agreement of wills by which one or several persons obligate themselves to one or several other persons to perform a prestation”. In the absence of such an agreement of wills, no contract comes into existence. This is because the parties must express their will to bind themselves in order for a contract to become a legal reality (M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l’équité: étude historique et comparée des nullités contractuelles* (2002), at No. 203; Lluelles and Moore, at No. 274; Baudouin and Jobin, at Nos. 172 and 420). As Lluelles and Moore explain, [TRANSLATION] “[c]onsent results, so to speak, from the uniting of two wills, which then become just one: this uniting of wills creates the legal relationship — the contract” (Lluelles and Moore, at No. 274). These two wills represent, on the one hand, the offer to contract and, on the other, the acceptance of that offer (arts. 1386 to 1397 *C.C.Q.*). Baudouin and Jobin note that there cannot truly be a contract without a meeting of the minds (Baudouin and Jobin, at No. 420). Therefore, before the quality of consent

c’est à PGB, et non à la Ville, qu’Octane a fait un paiement de 82 898,63 \$. Et, même s’il y a eu un paiement, celui-ci n’a pas été fait par erreur.

[50] Nous convenons avec la Ville qu’aucun contrat n’a pris naissance entre Octane et elle pour les services de production de l’événement et que la restitution ne peut donc prendre sa source dans l’anéantissement rétroactif d’un acte juridique conformément à la théorie des nullités. Néanmoins, nous sommes d’avis que les conditions du régime de la réception de l’indu sont remplies en l’espèce, de sorte que la remise en état s’impose tout de même conformément aux art. 1491 et 1492 *C.c.Q.* Nous examinerons dans un premier temps pourquoi le juge de première instance a commis une erreur en concluant à l’existence d’un contrat entre Octane et la Ville pour la production de l’événement du 17 mai 2007. Nous expliquerons dans un deuxième temps pourquoi le régime de la réception de l’indu s’applique dans les circonstances propres à ce pourvoi.

(1) L’inexistence d’un acte juridique susceptible d’être anéanti

[51] Suivant l’al. 1 de l’art 1378 *C.c.Q.*, le contrat s’entend d’« un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s’obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation ». En l’absence d’un tel accord, aucun contrat ne prend naissance. Les parties doivent en effet manifester leur volonté de se lier pour qu’un contrat émerge à la vie juridique (M. Cumyn, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l’équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles* (2002), n° 203; Lluelles et Moore, n° 274; Baudouin et Jobin, nos 172 et 420). Comme l’expliquent Lluelles et Moore, « [l]e consentement résulte en quelque sorte de la fusion de deux volontés qui n’en feront plus qu’une : cette fusion crée le lien de droit — le contrat » (Lluelles et Moore, n° 274). Ces deux volontés représentent, d’une part, l’offre de contracter, et d’autre part, l’acceptation de cette offre (art. 1386 à 1397 *C.c.Q.*). Baudouin et Jobin soulignent qu’il ne saurait véritablement y avoir de contrat s’il n’y a pas eu rencontre des volontés contractuelles (Baudouin et Jobin, n° 420). Ainsi, avant même de parler de la qualité du consentement,

is even spoken of, consent must first exist (Lluelles and Moore, at No. 274).

(a) *Consent Under Municipal Law*

[52] As we have stated, the *C.C.Q.*'s rules apply to municipalities, but the special Acts by which they are constituted and which govern them may modify or derogate from those general law principles (art. 300 *C.C.Q.*). It is therefore important to determine how municipalities can express their will to be bound by contract under the applicable rules of municipal law.

[53] Under the rules of public law, resolutions and by-laws are the legal vehicles by which a municipality, through its decision-making body, the municipal council, expresses its will and its decisions (*Air Canada v. City of Dorval*, [1985] 1 S.C.R. 861, at p. 866; *Silver's Garage Ltd. v. Town of Bridgewater*, [1971] S.C.R. 577; *Poulin De Courval v. Poliquin*, 2018 QCCA 1534, at para. 18 (CanLII); *Amar v. Dollard-des-Ormeaux (Ville)*, 2014 QCCA 76, 18 M.P.L.R. (5th) 277, at para. 8; *Belœil (Ville de) v. Gestion Gabriel Borduas inc.*, 2014 QCCA 238; 9129-6111 *Québec inc. v. Longueuil (Ville)*, 2010 QCCA 2265, 21 Admin. L.R. (5th) 320, at para. 18; *Cité de St-Romuald d'Etchemin v. S.A.F. Construction inc.*, [1974] C.A. 411, at pp. 414-15; *Bourque v. Hull (Cité)* (1920), 30 B.R. 221, at p. 224; Héту and Duplessis, at para. 8.3; A. Langlois, *Les contrats municipaux par demandes de soumissions* (3rd ed. 2005), at p. 153). These principles are set out in ss. 47 and 350 *C.T.A.*, which provide, respectively, that a municipality shall be represented and its affairs administered by its council and that by-laws, resolutions and other municipal orders must be passed by the council in session (see also arts. 79 and 438 para. 1 of the *Municipal Code of Québec*, CQLR, c. C-27.1).

[54] A municipality may therefore, by by-law, delegate to an officer the power to incur obligations on its behalf (s. 477.2 *C.T.A.*; Héту and Duplessis, at paras. 8.3 and 9.40). Other bodies, such as an executive committee, may also be established to facilitate the effective management of a municipality (ss. 70.1

ce consentement doit d'abord exister (Lluelles et Moore, n° 274).

a) *Le consentement en droit municipal*

[52] Comme nous l'avons mentionné, les municipalités sont assujetties aux règles du *C.c.Q.*, mais les lois particulières qui les constituent et qui les régissent peuvent modifier ou déroger à ces principes de droit commun (art. 300 *C.c.Q.*). Il importe donc de cerner de quelle façon les municipalités peuvent exprimer leur volonté d'être liée par un contrat en vertu des règles de droit municipal applicables.

[53] Suivant les règles de droit public, la résolution et le règlement sont les véhicules juridiques par lesquels une municipalité, par l'entremise de son organe décisionnel qu'est le conseil municipal, exprime sa volonté de même que ses décisions (*Air Canada c. Cité de Dorval*, [1985] 1 R.C.S. 861, p. 866; *Silver's Garage Ltd. c. Town of Bridgewater*, [1971] R.C.S. 577; *Poulin De Courval c. Poliquin*, 2018 QCCA 1534, par. 18 (CanLII); *Amar c. Dollard-des-Ormeaux (Ville)*, 2014 QCCA 76, 18 M.P.L.R. (5th) 277, par. 8; *Belœil (Ville de) c. Gestion Gabriel Borduas inc.*, 2014 QCCA 238; 9129-6111 *Québec inc. c. Longueuil (Ville)*, 2010 QCCA 2265, 21 Admin. L.R. (5th) 320, par. 18; *Cité de St-Romuald d'Etchemin c. S.A.F. Construction inc.*, [1974] C.A. 411, p. 414-415; *Bourque c. Hull (Cité)* (1920), 30 B.R. 221, p. 224; Héту et Duplessis, par. 8.3; A. Langlois, *Les contrats municipaux par demandes de soumissions* (3^e éd. 2005), p. 153). Il s'agit des principes énoncés aux art. 47 et 350 *L.C.V.*, lesquels prévoient respectivement que la municipalité est représentée et ses affaires administrées par son conseil, et que les règlements, résolutions et autres ordonnances municipales doivent être adoptés par le conseil en séance (voir aussi les art. 79 et 438 al. 1 du *Code municipal du Québec*, RLRQ, c. C-27.1).

[54] Une municipalité peut ainsi, par règlement, déléguer à un fonctionnaire le pouvoir de contracter des obligations en son nom (art. 477.2 *L.C.V.*; Héту et Duplessis, par. 8.3 et 9.40). De plus, d'autres instances, tel un comité exécutif, peuvent être mises sur pied pour faciliter la gestion efficace d'une

et seq. *C.T.A.*); the City itself has an executive committee that can grant contracts up to a maximum of \$100,000 (s. 33 para. 2 of the *Charter of Ville de Montréal, metropolis of Québec*, CQLR, c. C-11.4; Héту and Duplessis, at paras. 9.31-9.40).

[55] The purpose of these rules is clear: they are intended to safeguard and protect the collective interests of taxpayers while preventing anyone from being able to squander public funds in a municipality's name (*Town of Bridgewater*, at p. 592). The protection of taxpayers' interests thus ensures that the "business of the inhabitants, by whom the town councillors are elected, can[not] be conducted at the whim of individual councillors or town employees" (*Town of Bridgewater*, at pp. 587-88). This reality also explains why the civil law doctrine of apparent mandate does not apply in the municipal context (*Verreault (J.E.) & Fils Ltée v. Attorney General of Quebec*, [1977] 1 S.C.R. 41; *GM Développement inc.*, at para. 21). The protection of taxpayers' interests requires that a municipality's consent be subject to conditions stricter than the ones set out in the *C.C.Q.* The appearance of consent is not sufficient, nor can a municipality's consent be inferred from its silence (*Town of Bridgewater*, at p. 588; *Bourque*, at p. 228; Héту and Duplessis, at para. 9.31).

(b) *Absence of Consent in the Instant Case*

[56] It is not in dispute here that the City did not pass any resolution granting Octane a mandate to produce the event of May 17, 2007. The City passed resolutions only to approve the purchase orders for the first three mandates, which concerned, respectively, consulting services for the development of the launch concept, graphic design and the production of the materials used during the event. The invoices for those three mandates, which totalled \$52,203.34, were approved and paid by the City in March and April 2008, and the purchase orders were approved by the City's municipal council on October 27, 2008. However, none of those resolutions was passed to authorize the fourth mandate for the production of the event

municipalité (art. 70.1 et suiv. *L.C.V.*); la Ville est elle-même dotée d'un comité exécutif qui peut octroyer des contrats jusqu'à un maximum de 100 000 \$ (art. 33 al. 2, *Charte de la Ville de Montréal, métropole du Québec*, RLRQ, c. C-11.4; Héту et Duplessis, par. 9.31-9.40)

[55] L'objectif poursuivi par ces règles est clair : elles visent à préserver et à protéger l'intérêt collectif des contribuables tout en empêchant que n'importe qui ne puisse dilapider des fonds publics au nom d'une municipalité (*Town of Bridgewater*, p. 592). La protection de l'intérêt des contribuables fait ainsi en sorte que les « affaires des habitants, lesquels élisent les conseillers municipaux, [ne] peuvent être administrées au gré et aux caprices de conseillers ou employés municipaux particuliers » (*Town of Bridgewater*, p. 587-588). Cette réalité explique d'ailleurs pourquoi la théorie du mandat apparent en droit civil ne s'applique pas en matière municipale (*Verreault (J.E.) & Fils Ltée c. Procureur général du Québec*, [1977] 1 R.C.S. 41; *GM Développement inc.*, par. 21). La protection de l'intérêt des contribuables exige de fait que le consentement d'une municipalité soit assujéti à des conditions plus strictes que celles prévues au *C.c.Q.* L'apparence de consentement ne suffit pas; le silence de la municipalité ne permet pas non plus de déduire que celle-ci a manifesté son accord (*Town of Bridgewater*, p. 588; *Bourque*, p. 228; Héту et Duplessis, par. 9.31).

b) *L'absence de consentement en l'espèce*

[56] Personne ne conteste ici le fait que la Ville n'a adopté aucune résolution octroyant à Octane le mandat de produire l'événement du 17 mai 2007. La Ville n'a adopté des résolutions que pour approuver les bons de commande des trois premiers mandats, portant respectivement sur les services-conseils pour l'élaboration du concept de lancement, la réalisation graphique et la production du matériel utilisé lors de l'événement. Les factures relatives à ces trois mandats, totalisant 52 203,34 \$, ont été approuvées et payées par la Ville en mars et avril 2008 et le conseil municipal de la Ville a approuvé les bons de commande le 27 octobre 2008. Cependant, aucune de ces résolutions ne vise l'autorisation du quatrième mandat portant sur la production de

of May 17, 2007, for which the invoice amounted to \$82,898.63.

[57] This leaves only the possibility that an authorized officer approved the mandate on the City's behalf. At the relevant time, a by-law granting such a delegation of powers to certain officers was in force: *By-law concerning the delegation of powers to officers and employees*, By-law 02-004, June 26, 2002 ("*Delegation By-law*"). The only officer who played a role in the project and who was acting under such a delegation is the City's director of transportation, Mr. Blanchet. However, as the trial judge noted, Mr. Blanchet's delegation did not authorize him to approve contracts with a value exceeding \$15,000, because only one professional services firm was solicited in this case. He had no authority to bind the City for a contract for \$82,898.63 (Sup. Ct., at para. 116). As for Mr. Thériault, he was not an officer of the City but rather a member of the political staff of the mayor's office. The *Delegation By-law* did not apply to him. As a result, he had no delegation of powers authorizing him to bind the City (Sup. Ct., at paras. 62 and 66; s. 114.7 C.T.A.).

[58] The bottom line is that the mandate on which Octane's action is based was never approved by a resolution passed by the City's municipal council or by an officer authorized by a valid delegation of powers. The Superior Court therefore erred in finding that a contract had been entered into by Octane and the City on the basis of the representations made by Mr. Thériault, and the Court of Appeal erred in according deference to a finding that was wrong in law. Absent any expression of the City's will to be bound by such an agreement, no contractual relationship could arise between the parties (see *Amar*, at paras. 8-10; *Immeubles Beaurom ltée v. Montréal (Ville de)*, 2007 QCCA 41, [2007] R.D.I. 26, at paras. 22 and 29; *Aylmer (Ville) v. 174736 Canada inc.*, 1997 CanLII 10176 (Que. C.A.), at pp. 5-7; *Banque de Nouvelle-Écosse (Banque Scotia) v. Ville de Drummondville*, 2018 QCCS 5053, at para. 150 (CanLII)). Articles 1416 and 1422 C.C.Q. do not apply in such circumstances. It is not possible to

l'événement du 17 mai 2007, dont la facture s'élève à 82 898,63 \$.

[57] Il ne reste que la possibilité qu'un fonctionnaire habilité ait approuvé le mandat au nom de la Ville. Au moment des faits, un règlement accordant à certains fonctionnaires une telle délégation de pouvoirs était en vigueur : le *Règlement intérieur du comité exécutif sur la délégation de pouvoirs aux fonctionnaires et employés*, Règl. 02-004, 26 juin 2002 (« *Règlement de délégation* »). Le seul fonctionnaire ayant joué un rôle dans le dossier qui jouissait d'une telle délégation est le directeur des transports de la Ville, M. Blanchet. Or, comme le souligne le juge de première instance, la délégation de M. Blanchet ne l'autorisait pas à approuver des contrats dont la valeur dépassait 15 000 \$ puisqu'une seule entreprise de services professionnels avait été sollicitée en l'espèce. Il n'était pas habilité à lier la Ville pour un contrat de 82 898,63 \$ (C.S., par. 116). En ce qui concerne M. Thériault, il n'était pas un fonctionnaire de la Ville, mais plutôt un membre du personnel politique du cabinet du maire. Il n'était pas visé par le *Règlement de délégation*. En conséquence, M. Thériault ne jouissait d'aucune délégation de pouvoirs l'habilitant à lier la Ville (C.S., par. 62 et 66; art. 114.7 L.C.V.).

[58] En définitive, le mandat sur lequel Octane fonde son recours n'a jamais été entériné par une résolution adoptée par le conseil municipal de la Ville. Il n'a pas non plus fait l'objet d'une approbation par un fonctionnaire habilité par délégation de pouvoirs valide. La Cour supérieure a donc conclu à tort qu'un contrat était intervenu entre Octane et la Ville sur la base des représentations faites par M. Thériault; la Cour d'appel a pour sa part commis une erreur en faisant preuve de déférence à l'égard d'une conclusion erronée en droit. En l'absence d'une manifestation de la volonté de la Ville d'être liée par une telle entente, aucune relation contractuelle n'a pu prendre naissance entre les parties (voir *Amar*, par. 8-10; *Immeubles Beaurom ltée c. Montréal (Ville de)*, 2007 QCCA 41, [2007] R.D.I. 26, par. 22 et 29; *Aylmer (Ville) c. 174736 Canada inc.*, 1997 CanLII 10176 (C.A. Qc), p. 5-7; *Banque de Nouvelle-Écosse (Banque Scotia) c. Ville de Drummondville*, 2018 QCCS 5053, par. 150 (CanLII)). En pareilles circonstances, les

annul an agreement that never came into existence (S. Gaudet, “Inexistence, nullité et annulabilité du contrat: essai de synthèse” (1995), 40 *McGill L.J.* 291 (“Gaudet”), at pp. 331-32).

[59] In such a context, as the Court of Appeal rightly noted in *GM Développement inc.*, there can be no restitution of prestations on this basis because [TRANSLATION] “the nullity or resolution of a non-existent contract cannot be shown” (para. 32). In that case, the appellant sought reimbursement from the City of Québec for professional expenses and fees incurred in the development phase of a project to revitalize a public square. The Court of Appeal found that there was no contractual relationship between the appellant and the city because the city had never passed a resolution or by-law authorizing the project. In *Unibec*, the Court of Appeal affirmed the principle that a municipality cannot be bound in the absence of a resolution or by-law because it speaks only through its municipal council (paras. 35-37). In that case, however, the court found that a verbal contract for additional work relating to an existing contract was null in the absence of a resolution by the municipal council. Without deciding whether this principle also applies to the amendment of an existing contract, we are of the view that the absence of a resolution or by-law does not result in the nullity of the contract, but leads rather to the conclusion that no contract came into existence. Where a municipality has not expressed its will to be bound by contract, there is simply no contract to annul. That is the case here.

[60] This being established, some additional remarks are necessary with regard to the City’s position. The City argues that, in order for a contract to arise, it is not enough for a municipality to express its will to be bound through a resolution or by-law; the procedures for awarding municipal contracts set out in ss. 573 et seq. *C.T.A.* must also be followed. The City thus contends that those rules are not merely conditions for the validity of the contract. Rather, they govern the expression of a municipality’s will, and their violation therefore prevents an agreement

art. 1416 et 1422 *C.c.Q.* ne s’appliquent pas. On ne peut en effet annuler une entente qui n’a jamais pris naissance (S. Gaudet, « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse » (1995), 40 *R.D. McGill* 291 (« Gaudet »), p. 331-332).

[59] Comme la Cour d’appel le souligne avec à-propos dans l’arrêt *GM Développement inc.*, dans un tel contexte, il ne peut y avoir de restitution des prestations sur ce fondement puisqu’« on ne peut démontrer la nullité ou la résolution d’un contrat inexistant » (par. 32). Dans cette affaire, l’appelant réclamait à la Ville de Québec le remboursement d’honoraires et de frais professionnels engagés pour la phase de développement d’un projet de revitalisation d’une place publique. La Cour d’appel conclut qu’il n’existait aucun lien contractuel entre l’appelant et la ville puisque cette dernière n’avait jamais adopté de résolution ou de règlement autorisant ce projet. Dans l’arrêt *Unibec*, la Cour d’appel confirme le principe selon lequel une municipalité ne peut être liée en l’absence d’une résolution ou d’un règlement, car celle-ci s’exprime uniquement par la voix de son conseil municipal (par. 35-37). Dans cette affaire, la cour conclut toutefois à la nullité d’un contrat verbal pour des travaux additionnels en marge d’un contrat existant, en l’absence d’une résolution du conseil municipal. Sans nous prononcer sur la question de savoir si ce principe vaut également pour la modification d’un contrat existant, nous sommes d’avis que l’absence de résolution ou de règlement mène non pas à la nullité du contrat, mais bien au constat qu’aucun contrat n’est né. Lorsqu’une municipalité n’a pas exprimé sa volonté à être liée contractuellement, il n’y a simplement aucun contrat à annuler. C’est le cas ici.

[60] Cela établi, des remarques additionnelles s’imposent en ce qui concerne la position de la Ville. Cette dernière soutient qu’il ne suffit pas qu’une municipalité exprime sa volonté d’être liée par le biais d’une résolution ou d’un règlement pour qu’un contrat naisse; il faut aussi que les procédures d’adjudication des contrats municipaux prévues aux art. 573 et suiv. *L.C.V.* soient respectées. La Ville plaide donc que ces règles ne sont pas que de simples conditions de validité du contrat. Elles conditionnent plutôt l’expression d’une volonté municipale, de

that binds the municipality from even coming into existence. We do not accept this argument. Although the City correctly emphasizes the distinction between the existence and the validity of a contract, we cannot agree that compliance with the rules for awarding contracts is necessary for a municipality to express its will to contract.

[61] As we have said, a contract is defined as an agreement of wills by which one or several persons obligate themselves to one or several other persons (art. 1378 para. 1 *C.C.Q.*). Without such an agreement of wills, there is no contract. Where there is no offer, where an offer to contract is refused or where there is no acceptance, the end result is the same: the proposal to enter into a contract fails and therefore a contract never comes into existence (arts. 1386 and 1387 *C.C.Q.*). This is what we mean here by the non-existence of a contract.

[62] However, once a contract crosses the threshold of legal existence (*Quebec (Agence du revenu) v. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 SCC 65, [2013] 3 S.C.R. 838, at para. 27), certain conditions must be met to ensure its validity (Cumyn, at Nos. 223-24). In particular, the parties must have the capacity to consent and their consent must not be vitiated by error, the contract must have a cause and an object and, if the law requires, it must also have a particular form (art. 1385 *C.C.Q.*; Cumyn, at Nos. 223-24). Where one of these conditions is not met, the contract may be annulled; it will then be deemed never to have existed (arts. 1416 and 1422 *C.C.Q.*; Cumyn, at No. 224; Lluellas and Moore, at No. 1087; Baudouin and Jobin, at No. 377; Gaudet, at p. 332). But this does not mean that the contract never actually existed. Logically, a contract must exist before it can be annulled: if a contract did not become a legal reality, it cannot be deemed never to have existed, because it does not in fact exist. The distinction is important: the non-existence of a contract, unlike failure to meet a condition for validity, cannot be sanctioned by nullity (Gaudet, at pp. 331-32), and where a contract does not exist, the obligation to restore a prestation that has been provided must therefore be justified on a different basis.

sorte que leur violation empêcherait la naissance même d'un accord liant la municipalité. Nous ne souscrivons pas à cet argument. Bien que la Ville ait raison d'insister sur la distinction entre l'existence et la validité d'un contrat, nous ne pouvons convenir que le respect des règles d'adjudication est nécessaire pour qu'une municipalité puisse manifester sa volonté de contracter.

[61] Tel que nous l'avons souligné, un contrat se définit comme un accord de volonté par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres (art. 1378, al. 1 *C.c.Q.*). Sans un tel accord, il n'y a pas de contrat. L'absence d'offre, le refus d'une offre de contracter ou l'absence d'acceptation mènent au même résultat : le projet de contracter n'aboutit pas et le contrat ne naît donc jamais (art. 1386 et 1387 *C.c.Q.*). C'est ce que nous entendons par l'inexistence du contrat.

[62] Cependant, une fois que le contrat franchit le seuil de l'existence juridique (*Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65, [2013] 3 R.C.S. 838, par. 27), certaines conditions doivent être remplies pour en assurer la validité (Cumyn, nos 223-224). Notamment, les parties doivent être capables de consentir et leur consentement ne doit pas être vicié par l'erreur, le contrat doit avoir une cause et un objet et, si la loi l'exige, il doit en outre respecter une forme particulière (art. 1385 *C.c.Q.*; Cumyn, nos 223-224). Lorsqu'une de ces conditions fait défaut, le contrat peut être frappé de nullité; il sera alors réputé n'avoir jamais existé (art. 1416 et 1422 *C.c.Q.*; Cumyn, n° 224; Lluellas et Moore, n° 1087; Baudouin et Jobin, n° 377; Gaudet, p. 332). Toutefois, cela ne veut pas dire que le contrat n'a jamais en réalité existé. L'existence d'un contrat doit logiquement précéder son annulation : si un contrat n'a pas émergé à la vie juridique, il ne peut être réputé n'avoir jamais existé car il est, en fait, inexistant. La distinction est importante : à la différence du cas où une condition de validité fait défaut, l'inexistence ne peut être sanctionnée par la nullité (Gaudet, p. 331-332), et l'obligation de restituer une prestation fournie en cas d'inexistence d'un contrat devra se justifier sur la base d'un fondement différent.

[63] In our view, contrary to what the City argues, the rules for awarding contracts are not conditions for the existence of a municipal contract. The rules for awarding municipal contracts set out in ss. 573 et seq. *C.T.A.* do not concern the manner in which a municipality expresses its will to be bound by contract. Rather, these provisions require a municipality to observe certain formalities, including a call for tenders, in order to give all citizens an equal opportunity to contract with the municipality, in addition to protecting the public interest by favouring competition (Garant, at pp. 405-08; Héту and Duplessis, at paras. 9.9-9.10; Giroux and Lemieux, at para. 5-005; 2736-4694 *Québec inc. v. Carleton—St-Omer (Ville de)*, 2006 QCCS 4726, aff'd 2007 QCCA 1789). The effect of these provisions is therefore to derogate from the principle of consensualism by limiting the method by which a municipality can choose the other party to certain types of contracts it enters into (Héту and Duplessis, at para. 9.73; Giroux and Lemieux, at para. 5-800; Langlois, at pp. 225-28; G. Pépin and Y. Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2nd ed. 1982), at p. 537).

[64] In this respect, calls for tenders and the rules for awarding contracts in general do not play the same role as resolutions or by-laws in the formation of municipal contracts. Resolutions and by-laws are the means by which a municipality expresses its will to be bound by contract, whereas the rules for awarding contracts establish the formalities that must be observed for a contract to be valid (Baudouin and Jobin, at No. 372; Giroux and Lemieux, at para. 5-800; Héту and Duplessis, at para. 9.73). The rules for awarding contracts do not exempt a municipality from having to pass a by-law or resolution to express its will to contract, and if it does not do so, no contract will cross the threshold of legal existence. Conversely, a contract entered into by resolution or by-law will in fact cross that threshold even if the rules for awarding contracts have been violated. It follows that failure to comply with the procedure for awarding contracts taints the validity of the act and thus requires it to be annulled. This interpretation is also consistent with the case law and academic literature on this point: the courts sanction non-compliance with the rules for awarding contracts by annulling a contract, not by finding that it

[63] À notre avis, contrairement à ce que prétend la Ville, les règles d'adjudication ne sont pas des conditions d'existence d'un contrat municipal. Les règles d'adjudication des contrats municipaux prévues aux art. 573 et suiv. *L.C.V.* ne concernent pas la façon dont une municipalité exprime sa volonté d'être liée contractuellement. Ces dispositions imposent plutôt aux municipalités certaines formalités, dont l'appel d'offres, qui doivent être respectées afin de donner à tous les administrés une chance égale de contracter avec elles, en plus de protéger l'intérêt du public en favorisant la concurrence (Garant, p. 405-408; Héту et Duplessis, par. 9.9-9.10; Giroux et Lemieux, par. 5-005; 2736-4694 *Québec inc. c. Carleton—St-Omer (Ville de)*, 2006 QCCS 4726, conf. par 2007 QCCA 1789). L'effet de ces dispositions est donc de déroger au principe du consensualisme en limitant la façon dont une municipalité peut choisir son cocontractant pour certains types de contrats (Héту et Duplessis, par. 9.73; Giroux et Lemieux, par. 5-800; Langlois, p. 225-228; G. Pépin et Y. Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2^e éd. 1982), p. 537).

[64] Sur ce plan, l'appel d'offres et les règles d'adjudication de manière générale ne jouent pas le même rôle que la résolution ou le règlement dans la formation du contrat municipal. La résolution et le règlement sont les moyens par lesquels une municipalité manifeste sa volonté d'être liée contractuellement tandis que les règles d'adjudication consacrent les formalités que doit respecter le contrat pour être valide (Baudouin et Jobin, n° 372; Giroux et Lemieux, par. 5-800; Héту et Duplessis, par. 9.73). En effet, les règles d'adjudication ne dispensent pas une municipalité d'adopter un règlement ou une résolution pour manifester sa volonté de contracter, et, en l'absence d'une telle expression de volonté, aucun contrat ne franchit le seuil de l'existence juridique. En revanche, le contrat conclu par résolution ou règlement, quoiqu'en violation des règles d'adjudication, franchit bel et bien ce seuil. Il s'ensuit que le défaut de respecter la procédure d'adjudication entache la validité de l'acte, de sorte que celui-ci doit être anéanti. Cette interprétation est du reste conforme à la jurisprudence et à la doctrine en la matière : les tribunaux sanctionnent le non-respect des règles d'adjudication par la nullité du contrat, et non par le constat

never existed (*Autobus Dufresne inc.*, at para. 41; *Construction Irebec inc.*, at para. 104; *Centre de téléphone mobile (Québec) inc.*, at para. 32; Garant, at p. 476; Héту and Duplessis, at para. 9.73; Giroux and Lemieux, at para. 5-800; Baudouin and Jobin, at No. 372; Gaudet, at p. 361).

[65] Although restitution cannot be based on the doctrine of nullity in the instant case given the non-existence of a contract that could be annulled, this does not settle the matter. The rules on receipt of a payment not due can ground an obligation to restore the parties to their previous positions. We will now consider whether the conditions laid down by art. 1491 *C.C.Q.* in this regard are met.

(2) Receipt of a Payment Not Due

[66] Although the Court of Appeal upheld the trial judge's decision ordering the restitution of prestations on the basis of a juridical act that was declared null, the majority added that an obligation to restore the parties to their previous positions could also have been grounded in receipt of a payment not due. They noted that if they had found that no agreement had been entered into by the parties, they would have accepted that Octane had believed mistakenly, but in good faith, that it had been given a mandate by the City to organize the launch of May 17, 2007. Because Octane had provided services without any obligation and in error, that payment would have been recoverable (C.A., at paras. 49-55).

[67] We agree. Octane provided services for the production of the City's launch event even though, in law, no agreement had been entered into because the City had not passed a resolution or by-law to express its will to bind itself by contract. As a result, the obligation that Octane believed it was performing did not exist. Given that liberal intention is not presumed, the City had to show that Octane provided those services knowing that it was not bound to do so. The City's arguments on this point do not support a conclusion that Octane had a purely liberal intention. In these circumstances, Octane is entitled to recovery for the services provided.

que le contrat n'a jamais existé (*Autobus Dufresne inc.*, par. 41; *Construction Irebec inc.*, par. 104; *Centre de téléphone mobile (Québec) inc.*, par. 32; Garant, p. 476; Héту et Duplessis, par. 9.73; Giroux et Lemieux, par. 5-800; Baudouin et Jobin, n° 372; Gaudet, p. 361).

[65] Si la restitution ne peut prendre sa source en l'espèce dans la théorie des nullités étant donné l'inexistence d'un contrat susceptible d'être annulé, cela ne règle pas pour autant la question. Le régime de la réception de l'indu peut fonder l'obligation de remise en état. Examinons maintenant si les conditions qu'énonce l'art. 1491 *C.c.Q.* à ce sujet sont respectées.

(2) La réception de l'indu

[66] Bien que la Cour d'appel confirme le jugement de première instance qui ordonne la restitution des prestations sur le fondement d'un acte juridique déclaré nul, les juges majoritaires ajoutent que la réception de l'indu aurait également pu fonder l'obligation de remise en état entre les parties. Ils soulignent que, s'ils avaient conclu qu'aucune entente n'était intervenue entre les parties, ils auraient accepté qu'Octane croyait erronément, mais de bonne foi, qu'elle avait été mandatée par la Ville pour organiser le lancement du 17 mai 2007. Octane ayant fourni un service sans obligation et par erreur, ce paiement aurait été sujet à répétition (C.A., par. 49-55).

[67] Nous sommes d'accord. Octane a fourni des services pour la production de l'événement de lancement de la Ville alors qu'en droit, aucune entente n'est intervenue en raison de l'absence d'une manifestation de la volonté de la Ville de se lier contractuellement par résolution ou règlement. L'obligation que croyait exécuter Octane était de ce fait inexistante. Dans la mesure où l'intention libérale ne se présume pas, il appartenait à la Ville de démontrer qu'Octane a rendu ce service en sachant qu'elle n'y était pas tenue. Les arguments que la Ville avance sur ce point ne permettent pas de conclure à une intention purement libérale d'Octane. Dans ces circonstances, Octane a droit à la répétition des services fournis.

(a) *Conditions for Bringing an Action to Recover a Payment Not Due*

[68] Three conditions must be met to recover a payment not due under art. 1491 *C.C.Q.*: (1) there must be a payment, (2) the payment must have been made in the absence of a debt between the parties, and (3) the payment must have been made in error or to avoid injury (*Threlfall v. Carleton University*, 2019 SCC 50, [2019] 3 S.C.R. 726, at para. 78; *Willmor Discount Corp. v. Vaudreuil (City)*, [1994] 2 S.C.R. 210, at pp. 218-19; 9112-4511 *Québec inc. v. Agence de développement de réseaux locaux de services de santé et de services sociaux de Laval*, 2008 QCCA 848, at para. 3 (CanLII); Baudouin and Jobin, at Nos. 530-31; Lluelles and Moore, at No. 1367; Pineau, Burman and Gaudet, at No. 264). Where these conditions are met, and subject to the exception set out in art. 1491 para. 2 *C.C.Q.*, restitution of payments not due is made according to the rules for the restitution of prestations laid down in arts. 1699 to 1707 *C.C.Q.* (art. 1492 *C.C.Q.*; *Amex*, at para. 29; Baudouin and Jobin, at No. 529).

[69] The rules on receipt of a payment not due are based on the general principle set out in art. 1554 *C.C.Q.* that every payment presupposes an obligation. Absence of debt is essential to an action to recover a payment not due; it is what distinguishes a payment that is due from one that is not. Where a payment is due, there can be no obligation to make restitution, since the payment is meant to discharge the payer from an existing obligation; in such a case, the payee is entitled to keep the payment received (arts. 1554 and 1671 *C.C.Q.*; Pineau, Burman and Gaudet, at No. 263; Baudouin and Jobin, at No. 530). On the other hand, a person who receives a payment to which he or she has no right is bound to return it; otherwise, the person would be enriched without any justification in law for the gain (arts. 1491 and 1492 *C.C.Q.*; Baudouin and Jobin, at No. 529; Lluelles and Moore, at Nos. 1362-64; Pineau, Burman and Gaudet, at No. 263; *Amex*, at para. 29). It is truly the receipt of something not due that grounds an obligation to restore the parties to their previous positions (Pineau, Burman and Gaudet, at No. 263; see also Lluelles and Moore, at Nos. 1362-63; Fréchette, at p. 103).

a) *Les conditions d'ouverture du recours en répétition de l'indu*

[68] Trois conditions sont requises pour donner ouverture à la répétition de l'indu sous le régime de l'art. 1491 *C.c.Q.* : (1) il doit y avoir un paiement, (2) ce paiement doit avoir été effectué en l'absence de dette entre les parties, et (3) il doit avoir été fait par erreur ou pour éviter un préjudice (*Threlfall c. Carleton University*, 2019 CSC 50, [2019] 3 R.C.S. 726, par. 78; *Willmor Discount Corp. c. Vaudreuil (Ville)*, [1994] 2 R.C.S. 210, p. 218-219; 9112-4511 *Québec inc. c. Agence de développement de réseaux locaux de services de santé et de services sociaux de Laval*, 2008 QCCA 848, par. 3 (CanLII); Baudouin et Jobin, nos 530-531; Lluelles et Moore, n° 1367; Pineau, Burman et Gaudet, n° 264). Lorsque ces conditions sont remplies, et sous réserve de l'exception prévue à l'art. 1491 al. 2 *C.c.Q.*, la restitution de ce qui a été payé indûment se fait suivant les règles de la restitution des prestations prévues aux art. 1699 à 1707 *C.c.Q.* (art. 1492 *C.c.Q.*; *Amex*, par. 29; Baudouin et Jobin, n° 529).

[69] Le régime de la réception de l'indu se fonde sur le principe général exprimé à l'art. 1554 *C.c.Q.* selon lequel tout paiement suppose une obligation. L'absence de dette est essentielle au recours en répétition de l'indu; elle distingue le paiement qui est dû de celui qui ne l'est pas. Lorsque le paiement est dû, il ne peut y avoir d'obligation de restitution puisque le paiement est destiné à décharger le payeur d'une obligation existante; dans ce cas, le payé est en droit de conserver le paiement reçu. (art. 1554 et 1671 *C.c.Q.*; Pineau, Burman et Gaudet, n° 263; Baudouin et Jobin, n° 530). Or, lorsqu'une personne reçoit un paiement auquel elle n'a pas droit, elle est tenue de le rendre; autrement, elle s'enrichirait sans que son gain ne soit justifié en droit (art. 1491 et 1492 *C.c.Q.*; Baudouin et Jobin, n° 529; Lluelles et Moore, nos 1362-1364; Pineau, Burman et Gaudet, n° 263; *Amex*, par. 29). C'est véritablement la réception d'une chose qui n'est pas due qui fonde l'obligation de remise en état (Pineau, Burman et Gaudet, n° 263; voir également Lluelles et Moore, nos 1362-1363; Fréchette, p. 103).

[70] That being said, absence of debt alone will not suffice to make a payment recoverable. An obligation to make restitution will arise only if the payment was made in error or under protest. In many cases, proof of error will flow naturally from proof of absence of debt. In principle, a payment is not made unless there is an obligation to do so: a person who provides property or a service generally does so in the belief that this will discharge an obligation that actually rests on him or her (art. 1554 *C.C.Q.*). However, while error is what usually explains a payment made in the absence of debt, the possibility that a payer acted with full knowledge of the facts cannot be ruled out. By making error an essential condition for an action to recover a payment not due, the legislature therefore ensures that property or a service provided purely as a liberality cannot become a source of obligation for a person who receives it without having intended to be bound. However, since liberal intention is not presumed, the burden of proof rests on the person alleging it (*Lluelles and Moore*, at Nos. 1377-78; *C.J. v. Parizeau Popovici*, 2011 QCCS 2005; *Pearl v. Investissements Contempra Ltée*, [1995] R.J.Q. 2697 (Sup. Ct.); *Roux v. Cordeau*, [1981] R.P. 29 (Que. Sup. Ct.); *Garage W. Martin Ltée v. Labrie*, [1957] C.S. 175; Fréchette, at pp. 103-04). This was the approach adopted by this Court in *Amex*:

Once the payer proves that no debt exists, the payee must prove that the payment was not made in error, i.e. that it resulted from a [TRANSLATION] “liberal intention” . . . Liberal intention is not presumed. If the payee cannot prove this, the payment will be deemed undue and the debt inexistent. [para. 31]

[71] In the case at bar, the trial judge did not consider the issue of receipt of a payment not due given his finding that the City and Octane had entered into a contract. While the Court of Appeal upheld the Superior Court’s findings concerning the basis for restitution, the majority concluded that restitution could have also been ordered on the basis of the rules on receipt of a payment not due. This issue was argued in this Court. In this regard, the City does not dispute the fact that the absence of debt condition is met here; in fact, it argues that it did not enter into an agreement with Octane and that there is therefore no obligational relationship. However,

[70] Cela dit, la seule absence de dette ne suffira pas à rendre le paiement sujet à répétition. L’obligation de restitution ne prendra naissance que si le paiement a été effectué par erreur ou sous protêt. Dans bien des cas, la preuve de l’erreur suivra naturellement celle de l’absence de dette. En principe, on ne paye pas sans y être obligé : lorsqu’une personne fournit un bien ou un service, c’est généralement parce qu’elle croit se décharger d’une obligation qui lui incombe réellement (art. 1554 *C.c.Q.*). Si l’erreur explique généralement le paiement fait en l’absence de dette, on ne peut cependant écarter l’hypothèse d’un payeur qui a procédé en toute connaissance de cause. Ainsi, en faisant de l’erreur une condition essentielle au recours en répétition de l’indu, le législateur s’assure que le bien ou service fourni en toute libéralité ne puisse devenir source d’obligation pour celui qui le reçoit sans avoir eu l’intention d’être lié. Mais, comme l’intention libérale ne se présume pas, c’est sur celui qui l’invoque que repose le fardeau de la prouver (*Lluelles et Moore*, nos 1377-1378; *C.J. c. Parizeau Popovici*, 2011 QCCS 2005; *Pearl c. Investissements Contempra Ltée*, [1995] R.J.Q. 2697 (C.S.); *Roux c. Cordeau*, [1981] R.P. 29 (C.S. Qc); *Garage W. Martin Ltée c. Labrie*, [1957] C.S. 175; Fréchette, p. 103-104). C’est l’approche que notre Cour a adoptée dans *Amex* :

Dès lors que le payeur prouve l’inexistence de la dette, le bénéficiaire doit prouver que le paiement n’a pas été fait par erreur, mais résultait d’une « intention libérale » [. . .] L’intention libérale ne se présume pas. Si le bénéficiaire ne peut la prouver, le paiement est réputé indu, et la dette inexistante. [par. 31]

[71] En l’espèce, le juge de première instance ne s’est pas penché sur la question de la réception de l’indu compte tenu de sa conclusion selon laquelle un contrat est intervenu entre la Ville et Octane. Bien qu’elle ait confirmé les conclusions de la Cour supérieure en ce qui a trait au fondement de la restitution, la Cour d’appel a toutefois conclu à la majorité que la restitution aurait pu aussi être ordonnée sur la base du régime de la réception de l’indu. Cette question a été débattue devant notre Cour. À cet égard, la Ville ne conteste pas que la condition de l’absence de dette est respectée ici; elle plaide en fait qu’aucune entente n’est intervenue entre Octane et elle, et qu’il y a donc

the City submits that the same is not true of the other two conditions for recovering a payment not due. The City essentially argues that Octane made no payment to it and that PGB was the one that actually provided the services in issue. It also argues that, if the Court finds that Octane did indeed make a payment to the City, restitution cannot be ordered because Octane, which was fully aware of the rules for the formation of municipal contracts, knew that no contract could be entered into unless the City passed a resolution or by-law. We reject each of these arguments.

(b) *Payment Made by Octane*

[72] The City's first argument is that it cannot have an obligation to restore the \$82,898.63 claimed by Octane because it was not the payee of that amount. The City bases this argument on an agreement signed by Octane and dated August 10, 2007, in which Gilles Blais of PGB acknowledged receiving \$82,898.63 from Octane for the services provided during the launch on May 17, 2007 and undertook to repay that amount to Octane upon payment by the City. The City alleges that it is a third party in relation to that agreement. In its view, it was PGB that received a payment.

[73] This reasoning is not persuasive. The City's argument is based on the incorrect premise that only the payment of a sum of money — here, the \$82,898.63 paid by Octane to PGB — can be characterized as a payment in Quebec civil law. However, art. 1553 *C.C.Q.* expressly provides that payment also means the performance of whatever forms the object of an obligation (*Willmor Discount Corp.*, at p. 218; Baudouin and Jobin, at Nos. 529 and 648; Lluelles and Moore, at No. 2627; Pineau, Burman and Gaudet, at No. 314). The provision of services can constitute payment within the meaning of art. 1553 *C.C.Q.* The City is wrong to exclude the services provided to it by Octane through its subcontractor, PGB, that is, the production of the event of May 17, 2007. From this perspective, it does not matter that Octane did not perform those services personally. Payment may validly be made by

absence de lien d'obligation. Cependant, la Ville soutient qu'il en va autrement des deux autres conditions donnant ouverture à la répétition de l'indu. Elle prétend essentiellement qu'Octane n'a effectué aucun paiement à la Ville et que c'est plutôt PGB qui a fourni le service en cause. Elle plaide aussi que, si la Cour devait conclure qu'Octane a bien fait un paiement à la Ville, la restitution ne pourrait pas être ordonnée parce qu'Octane, dûment au courant des règles auxquelles est soumise la formation des contrats municipaux, savait qu'aucun contrat ne pouvait être intervenu en l'absence d'une résolution ou d'un règlement de la Ville. Nous rejetons chacun de ces arguments.

b) *Le paiement effectué par Octane*

[72] La Ville soutient d'abord qu'elle ne peut avoir l'obligation de restituer le montant de 82 898,63 \$ réclamé par Octane, puisqu'elle n'en était pas la bénéficiaire. Elle s'appuie à ce chapitre sur une entente datée du 10 août 2007 et signée par Octane, dans laquelle M. Gilles Blais de PGB reconnaît avoir reçu la somme de 82 898,63 \$ d'Octane pour les services fournis lors du lancement du 17 mai 2007 et s'engage à la lui rembourser sur paiement de la Ville. Cette dernière serait un tiers par rapport à cette entente. Selon elle, c'est PGB qui a reçu un paiement.

[73] Ce raisonnement n'est pas convaincant. L'argument de la Ville s'appuie sur la prémisse erronée que seul le paiement d'une somme d'argent — ici, le versement de 82 898,63 \$ qu'Octane a fait à PGB — peut être qualifié de paiement en droit civil québécois. Or, l'art. 1553 *C.c.Q.* prévoit expressément que le paiement s'entend également de l'exécution de ce qui est l'objet de l'obligation (*Willmor Discount Corp.*, p. 218; Baudouin et Jobin, nos 529 et 648; Lluelles et Moore, n° 2627; Pineau, Burman et Gaudet, n° 314). Une prestation de services peut constituer un paiement au sens de l'art. 1553 *C.c.Q.* C'est à tort que la Ville écarte les services que lui a fournis Octane par le biais de son sous-traitant PGB, soit la production de l'événement du 17 mai 2007. De ce point de vue, il importe peu qu'Octane n'ait pas fourni personnellement ces services. Un paiement peut être valablement effectué par le représentant du

a representative of the debtor of an obligation, such as the debtor's mandatary or subcontractor, unless the nature or terms of the contract prevent such a delegation (arts. 1555 and 2101 *C.C.Q.*; Baudouin and Jobin, at Nos. 32 and 650; Lluellas and Moore, at No. 2646; Pineau, Burman and Gaudet, at No. 316). It is not in dispute that the City received services for the production of the event of May 17, 2007, which constituted a payment within the meaning of art. 1553 *C.C.Q.* The only question is therefore whether that payment can be attributed to Octane. In our opinion, it can.

[74] According to the evidence in the record, Octane and PGB signed a subcontracting agreement on May 15, 2007 for the production of the May 17 event for a lump sum of \$82,898.63. Although the City was not involved in choosing that subcontractor, the budget estimates submitted by Octane incorporated and detailed PGB's costs in the description of its services. It is clear that PGB was acting on Octane's behalf in producing the City's event and that the City did not object to this. Indeed, this was the conclusion reached by the trial judge. He ordered restitution after finding that [TRANSLATION] "[t]he City benefited from the services provided by Octane and by its subcontractor, PGB, which handled the production of the event as such" (Sup. Ct., at para. 159; on this point, see also C.A., at paras. 49 and 52).

[75] In this context, it does not matter that PGB was responsible [TRANSLATION] "for performing the physical act" of producing the event (Baudouin and Jobin, at No. 650) and that Octane paid it \$82,898.63 as consideration. The provision of services to the City, that is, payment in the legal sense, originated from Octane. This condition for recovering a payment not due is met.

(c) *Error Made by Octane*

[76] The City's next argument is that, even if there was a payment, Octane ought to have known that it had no contract with the City. The City maintains that the provision of services for which Octane seeks restitution by equivalence was not the result of an

débiteur de l'obligation, par exemple son mandataire ou son sous-traitant, sauf lorsqu'une telle délégation est incompatible avec la nature du contrat ou ses termes (art. 1555 et 2101 *C.c.Q.*; Baudouin et Jobin, n^{os} 32 et 650; Lluellas et Moore, n^o 2646; Pineau, Burman et Gaudet, n^o 316). Personne ne conteste que la Ville a reçu des services pour la production de l'événement du 17 mai 2007, soit un paiement au sens de l'art. 1553 *C.c.Q.* Dès lors, la seule question qui se pose est de savoir si ce paiement peut être imputé à Octane. Nous sommes d'avis que c'est le cas.

[74] Selon la preuve au dossier, Octane et PGB signent le 15 mai 2007 une entente de sous-traitance pour la production de l'événement du 17 mai pour un montant forfaitaire de 82 898,63 \$. Bien que la Ville ne participe pas au choix de ce sous-contractant, les évaluations budgétaires soumises par Octane incorporent et détaillent les frais de PGB dans la description de ses services. Il est clair que PGB agit pour le compte d'Octane en ce qui concerne la production de l'événement de la Ville et que cette dernière ne s'y oppose pas. Il s'agit du reste de la conclusion à laquelle le juge de première instance parvient. Celui-ci ordonne en effet la restitution après avoir conclu que « [l]a Ville a bénéficié des services rendus par Octane et par son sous-contractant PGB, lequel s'est occupé de la production de l'événement comme tel » (C.S., par. 159; voir également C.A. sur ce point, par. 49 et 52).

[75] Dans ce contexte, il importe peu que PGB se soit chargé « de l'accomplissement de l'acte matériel » consistant à produire l'événement (Baudouin et Jobin, n^o 650) et qu'Octane, en contrepartie, lui ait versé la somme de 82 898,63 \$. La prestation du service à la Ville, soit le paiement au sens juridique, émane d'Octane. Cette condition donnant ouverture à la répétition de l'indu est remplie.

c) *L'erreur commise par Octane*

[76] La Ville prétend ensuite que, même s'il y a bien eu un paiement, Octane devait savoir qu'aucun contrat n'est intervenu entre elle et la Ville. La prestation de services dont elle revendique la restitution par équivalent n'est pas, à son avis, le résultat d'une

error. According to the City, because Octane neglected to make the necessary inquiries, it cannot rely on its error in seeking restitution of the prestations provided to the City.

[77] We disagree. The question is not what Octane should have known when it made the payment, but rather whether it in fact made an error. It is well established that a payer's fault or negligence is not a bar to an action to recover a payment not due (*Green Line Investor Services Inc. v. Quin*, 1996 CanLII 5734 (Que. C.A.), at pp. 7-12; *Confédération, compagnie d'assurance-vie v. Lareau-Lacroix*, 1997 CanLII 10277 (Que. C.A.), at pp. 10-12; *Société canadienne de sel ltée v. Dubord*, 2012 QCCS 1994, at paras. 92, 99 and 104-06 (CanLII); Lluelles and Moore, at No. 1379). In fact, para. 2 of art. 1705 *C.C.Q.* expressly contemplates the possibility that restitution may be due to the fault of one of the parties. Moreover, the payer's fault is not one of the exceptions to restitution provided for in para. 2 of art. 1491 *C.C.Q.* To conclude otherwise would mean that a person who receives a payment without right can keep it even though there is no justification for doing so (art. 1554 *C.C.Q.*). While an action in extracontractual liability may be brought by anyone who suffers injury as a result of the payer's fault, this does not preclude the application of the rules on receipt of a payment not due (*Green Line Investor*, at pp. 14-15; *Société canadienne de sel ltée*, at paras. 102-05; Fréchette, at pp. 148-60).

[78] Contrary to what the City states, this conclusion does not call into question the importance of the principle, which is well established in the case law and academic literature, that any person wishing to enter into a contract with a municipality must ensure that the requirements of the law have been complied with and that the municipality is acting within its powers (*Beaudry v. Cité de Beauharnois*, [1962] B.R. 738, at p. 743; *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2000 SCC 64, [2000] 2 S.C.R. 919, at para. 68; *Immeubles Beaurom ltée*, at para. 30; Héту and Duplessis, at paras. 8.3, 9.34 and 9.36; Garant, at p. 374). This principle simply confirms the substance of the rules already discussed concerning the formation and validity of municipal contracts; those rules are a

erreur. Selon la Ville, ayant négligé de faire les vérifications requises, Octane ne peut invoquer son erreur pour réclamer la restitution des prestations fournies à la Ville.

[77] Nous sommes en désaccord. La question n'est pas d'établir ce qu'aurait dû savoir Octane au moment d'effectuer le paiement, mais bien de déterminer si elle a, dans les faits, commis une erreur. Il est bien établi que la faute ou la négligence du payeur ne font pas obstacle à son recours en répétition de l'indu (*Green Line Investor Services Inc. c. Quin*, 1996 CanLII 5734 (C.A. Qc), p. 7-12; *Confédération, compagnie d'assurance-vie c. Lareau-Lacroix*, 1997 CanLII 10277 (C.A. Qc), p. 10-12; *Société canadienne de sel ltée c. Dubord*, 2012 QCCS 1994, par. 92, 99 et 104-106 (CanLII); Lluelles et Moore, n° 1379). D'ailleurs, l'al. 2 de l'art. 1705 *C.c.Q.* envisage expressément la possibilité que la restitution soit attribuable à la faute d'une des parties. En outre, la faute du payeur ne figure pas parmi les exceptions à la restitution prévues à l'al. 2 de l'art. 1491 *C.c.Q.* Conclure autrement signifierait qu'une personne ayant reçu un paiement sans droit pourrait le conserver même si rien ne le justifie (art. 1554 *C.c.Q.*). Bien qu'un recours en responsabilité extracontractuelle puisse être intenté par quiconque subit un préjudice par la faute du payeur, cela n'empêche pas l'application du régime de la réception de l'indu (*Green Line Investor*, p. 14-15; *Société canadienne de sel ltée*, par. 102-105; Fréchette, p. 148-160).

[78] Quoiqu'en dise la Ville, cette conclusion ne remet pas en question l'importance du principe bien établi en jurisprudence et en doctrine selon lequel quiconque souhaite contracter avec une municipalité doit s'assurer que les exigences de la loi ont été suivies et que la municipalité agit dans les limites de ses pouvoirs (*Beaudry c. Cité de Beauharnois*, [1962] B.R. 738, p. 743; *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2000 CSC 64, [2000] 2 R.C.S. 919, par. 68; *Immeubles Beaurom ltée*, par. 30; Héту et Duplessis, par. 8.3, 9.34 et 9.36; Garant, p. 374). Ce principe confirme simplement la teneur des règles déjà analysées relatives à la formation et à la validité du contrat municipal; ces règles se distinguent de l'opportunité de restituer la valeur de services reçus sans droit. À cet égard, la restitution ne vise pas à

separate matter from the appropriateness of restoring the value of services received without right. In this regard, the purpose of restitution is not to sanction negligence or fault, but rather to restore the parties to their previous positions where it is shown that one of them received something without having a right to it (Luelles and Moore, at Nos. 1367, 1367.1 and 1379; *Amex*, at para. 31). In the case at bar, we have already concluded that there was no contract between the City and Octane, so the only question to be answered in this regard is whether the provision of services by Octane resulted from an error and not from a liberal intention. For this purpose, it does not matter what Octane should or could have done to avoid making such an error.

[79] Given the nature of the evidence in the record, it cannot be concluded that Octane had a liberal intention to provide services to the City in the absence of a debt; quite the contrary. First of all, we reiterate that the trial judge found from the evidence that the City had indeed granted Octane a mandate for the production of the event (Sup. Ct., at paras. 75, 79 and 85). Although the trial judge's conclusion concerning the existence of a mandate is not correct in law because the City did not express its will, his findings of fact provide some insight into what Octane believed with regard to its understanding of an obligation to be performed, as well as into Octane's lack of liberal intention. The trial judge in fact found that Mr. Thériault had given Octane a mandate for the production of the event and had reassured it several times that it would be paid for the costs incurred.

[80] Furthermore, if the issue of Mr. Thériault's personal liability is left aside for the moment, the testimony of Octane's representatives filed in the record confirms that they did in fact believe they had an obligation to provide services for the production of the City's May 17 event and that they had no intention of providing those services for free:

[TRANSLATION]

- “[T]he order came from an office of the mayor. It was a structuring event for the municipality. . . . We had an

sanctionner la négligence ou la faute, mais bien à remettre les parties en état lorsqu’il est démontré que l’une d’entre elles a reçu une chose sans y avoir droit (Luelles et Moore, nos 1367, 1367.1 et 1379; *Amex*, par. 31). En l’espèce, nous avons déjà conclu à l’absence de contrat entre la Ville et Octane. La seule question à laquelle nous devons donc répondre à ce chapitre est de savoir si la prestation de services par Octane est le résultat d’une erreur, et non d’une intention libérale. À cette fin, il importe peu de savoir ce qu’aurait dû ou pu faire Octane afin d’éviter de commettre une telle erreur.

[79] Vu la teneur de la preuve au dossier, on ne peut conclure qu’Octane a eu une intention libérale de fournir des services à la Ville en l’absence d’une dette. Bien au contraire. Il convient d’abord de rappeler que le juge de première instance a conclu de la preuve que la Ville avait effectivement octroyé un mandat à Octane pour la production de l’événement (C.S., par. 75, 79 et 85). Bien que sa conclusion sur l’existence d’un mandat ne soit pas fondée en droit en l’absence d’une volonté exprimée par la Ville, ses constats factuels nous renseignent sur la croyance d’Octane en ce qui a trait à sa compréhension d’une obligation à acquitter et sur l’absence d’intention libérale de sa part. En fait, le juge de première instance a conclu que M. Thériault avait mandaté Octane pour la réalisation de l’événement et qu’il l’avait rassurée à plusieurs reprises qu’elle serait payée pour les frais engagés.

[80] Par ailleurs, abstraction faite pour le moment de la question de la responsabilité personnelle de M. Thériault, les témoignages des représentants d’Octane versés au dossier confirment que ces derniers se croyaient bel et bien obligés de fournir les services pour la production de l’événement du 17 mai de la Ville et qu’ils n’avaient par ailleurs aucunement l’intention de fournir ceux-ci gratuitement :

- « [L]a commande vient d’un cabinet du maire. C’est un événement structurant pour la municipalité [. . .] Nous,

order to deliver an event. Later, more was added and people, staff were needed to organize the event.” [p. 52]

- “We were given an order on the twenty-first (21st) of April or around then to deliver . . . or the twenty-fifth (25th) of April . . . to deliver an event on the seventeenth (17th) of May.” [p. 52]
- “[I]t was necessary to deliver. So our mandate was to deliver.” [pp. 52-53]
- “We were called for . . . there was a big project. It had to be carried out. There were twenty-three (23) days to carry it out.” [p. 62]
- “We were told to go forward, and it was necessary to start making significant expenditures”. [p. 66]
- “I had to deliver, but at the same time the office was procrastinating We weren’t told where to send it. Up till then, I . . . the rules were complied with. We had an order.” [p. 72]
- “I would never, never, never have gone forward if I had no verbal approval, never.” [p. 74]
- “[W]e had approval for all our activities, approval to go forward with a show, with the related budgets. [A]s I see it, approval to go forward necessarily implies that the budget is also accepted.” [p. 81]

(testimony of Jean Battah, A.R., vol. VI)

- “There is no doubt in my mind that we had a mandate . . . we were carrying out and delivering a transportation plan launch in three (3) weeks.” [pp. 118-19]
- “[M]y understanding was that the City wasn’t able to issue a cheque because it wasn’t capable of moving quickly, so we were asked for the cheque, and we did it because it had to get done; it was the only way that the event would happen”. [p. 149]

(testimony of Pierre Guillot-Hurtubise, A.R., vol. XIV)

[81] This testimony shows that Octane sincerely believed that, given the urgency of the situation,

on a une commande de livrer un événement. Après, ça se rajoute à faut prendre des gens, des intervenants pour organiser l’événement ». [p. 52]

- « On nous fait une commande le vingt et un (21) avril ou aux alentours pour livrer... ou le vingt-cinq (25) avril [. . .] pour livrer un événement le dix-sept (17) mai ». [p. 52]
- « [I]l faut livrer. Donc, nous, notre mandat c’est de livrer ». [p. 52-53]
- « On nous appelle pour... il y a un gros projet. Il faut le réaliser. On a vingt-trois (23) jours pour le réaliser ». [p. 62]
- « On nous dit d’aller de l’avant, puis qu’il faut commencer à déboursier des sommes qui sont importantes ». [p. 66]
- « Je dois livrer, mais en même temps une procrastination de la part du cabinet [. . .] On nous dit pas où l’envoyer. Jusqu’à maintenant, moi, j’ai... les règles sont respectées. On a une commande ». p. 72]
- « [J]amais, jamais, jamais j’aurais été de l’avant si j’avais pas eu une approbation verbale, jamais ». [p. 74]
- « [O]n a eu une approbation sur toutes nos activités, une approbation pour aller de l’avant avec un show, avec les budgets afférents. [P]our moi, une approbation d’aller de l’avant, ça implique nécessairement que le budget est aussi accepté ». [p. 81]

(témoignage de Jean Battah, d.a., vol. VI)

- « J’ai aucun doute dans mon esprit qu’on avait un mandat [. . .] on opérait puis on livrait un lancement de Plan de transport dans trois (3) semaines ». [p. 118-119]
- « [M]a compréhension c’est la Ville n’est pas capable d’émettre un chèque parce que elle n’est pas capable de bouger vite, puis on nous le demande à nous, puis nous on le fait parce que il faut que ça se fasse, c’est la seule façon qu’il y a l’événement ». [p. 149]

(témoignage de Pierre Guillot-Hurtubise, d.a., vol. XIV)

[81] Il ressort de ces témoignages qu’Octane croyait sincèrement, devant l’urgence de la situation,

the mayor's office had the prerogative to approve a budget and then circulate the information to the City department responsible for the project (testimony of J. Battah, *ibid.*, at pp. 34-35, 40-41 and 60-61; testimony of Louis Aucoin, A.R., vol. VIII, at pp. 53-54 and 73-74). This explains why Octane [TRANSLATION] "assumed that the mayor's office was passing on the information through its machinery to say that this was an event that was important to the City's administration" (testimony of J. Battah, *ibid.*, at p. 54). In light of these extracts, we cannot conclude that Octane would have intended to provide the services in question if it had known that its obligation to the City did not exist in law.

[82] Finally, the doubt that the City is attempting to raise on the basis of the agreement of August 10, 2007 between Octane and PGB must be dispelled. In that agreement, Octane acknowledged that it had given PGB \$82,898.63 [TRANSLATION] "as an advance on a contract signed by the [C]ity of Montréal and Gilles Blais" (P-123, A.R., vol. IV, at p. 117). According to the City, the fact that Octane referred to a contract between PGB and the City establishes that Octane knew it had not itself been given a mandate for this project. In our view, that agreement does not have the importance the City attributes to it. Octane's president testified that it did not matter whether it was PGB that signed an agreement with the City or whether it was the City that paid Octane's invoice: what was important was that Octane ultimately be paid for the costs incurred (testimony of J. Battah, *ibid.*, at pp. 22 and 87-88). Everything suggests that that agreement, signed three months after the events, merely provided the protection that Octane wanted to have to ensure that it would be reimbursed for the costs it had paid. The agreement simply tells us nothing about Octane's alleged liberal intention at the time the services in question were provided. On the contrary, it shows that Octane was actively seeking reimbursement and that it did not intend to provide the services to the City for free.

[83] We disagree with our colleagues that Octane provided the services knowing that it owed nothing and that therefore the error required for recovery of a payment not due has not been established. The

que le cabinet du maire avait la prérogative de donner une approbation à un budget et ensuite de faire circuler l'information au département de la Ville responsable du projet (témoignage de J. Battah, *ibid.*, pp. 34-35, 40-41 et 60-61; témoignage de Louis Aucoin, d.a., vol. VIII, p. 53-54 et 73-74). Cela explique qu'Octane « pren[d] pour acquis que le cabinet du maire passait l'information dans sa machine pour lui dire que c'est un événement qui est important pour l'administration » (témoignage de J. Battah, *ibid.*, p. 54). À la lumière de ces extraits, nous ne pouvons conclure qu'Octane ait eu l'intention de fournir les services en cause si elle avait su que son obligation à l'égard de la Ville était inexistante en droit.

[82] Enfin, le doute que tente de soulever la Ville sur la foi de l'entente du 10 août 2007 entre Octane et PGB doit être écarté. Dans cette entente, Octane reconnaît avoir remis à PGB une somme de 82 898,63 \$ « en avance à un contrat signé entre la [V]ille de Montréal et M. Gilles Blais » (P-123, d.a., vol. IV, p.117). Selon la Ville, le fait qu'Octane se réfère à un contrat entre PGB et la Ville établirait qu'Octane savait ne pas avoir été elle-même mandatée pour ce projet. À notre avis, cette entente n'a pas l'importance que lui attribue la Ville. Dans son témoignage, le président d'Octane mentionne qu'il importait peu que ce soit PGB qui signe une entente avec la Ville, ou que ce soit la Ville qui acquitte la facture d'Octane : l'important était qu'Octane soit ultimement payée pour les frais engagés (témoignage de J. Battah, *ibid.*, p. 22 et 87-88). Tout indique que cette entente, signée trois mois après les événements, ne constitue qu'une protection dont souhaitait bénéficier Octane afin de s'assurer d'être remboursée pour les frais supportés. Elle ne nous renseigne tout simplement pas sur la présence d'une intention libérale qui aurait animé Octane au moment de la prestation de services en cause. Au contraire, cette entente démontre qu'Octane cherche activement à être remboursée et qu'elle n'a pas voulu fournir les services à la Ville gratuitement.

[83] Nous ne partageons pas l'avis de nos collègues voulant qu'Octane ait fourni ces services en sachant qu'elle ne devait rien et qu'en conséquence, l'erreur requise pour donner ouverture à la répétition

argument advanced in this regard amounts to making Octane bear the burden of the error of law underlying the non-existence of its obligation; but as we said, the purpose of restitution under arts. 1491, 1492 and 1699 et seq. *C.C.Q.* is not to sanction negligence or fault, but rather to restore the parties to their previous positions where it is shown that one of them received something without having a right to it (see para. 78). As this Court noted in *Amex*, “the basis for restitution is that there never existed an obligation to perform the prestations, and the remedy is a return of any prestations made without obligation (arts. 1492 and 1699 para. 1)” (para. 32). Fault does not play any relevant role. Apart from hazardous speculation in which this Court should not, in our view, be engaging, there is no basis for suggesting here that Octane had a personal interest in providing the services in question for free, that it sought to secure future contracts by doing so or that it chose simply to act at its own risk. In the absence of any liberal intention by Octane or any other cause that could justify its provision of the services to the City for free, it must be concluded that the services were provided as a result of an error, as required by art. 1491 *C.C.Q.*

[84] We will add the following. The fact that Octane’s representatives never doubted, prior to 2010, that the City would pay these expenses says a great deal about the parties’ understanding of the situation, even though that understanding was wrong in law. The sanitized facts presented by the City contrast sharply with the context in which the parties were acting. It was not until April 2007, barely four weeks before the proposed event, that Octane was first contacted by the City’s director of transportation, who told it that the services provided internally were unsatisfactory. As the trial judge found, the City’s transportation plan was one of the main commitments made by the City’s administration in the 2005 municipal election. Octane was also one of the outside firms that had been involved in drafting that plan between 2005 and 2007. It was therefore in a very good position to understand the crucial importance of this project launch for the City. When the City invited Octane to a meeting at city hall with the

de l’indu n’est pas établie. L’argument proposé en ce sens revient à faire porter sur les épaules d’Octane le poids de l’erreur de droit à la source de l’inexistence de son obligation; or, tel que nous l’indiquons, aux termes des art. 1491, 1492 et 1699 et suiv. *C.c.Q.*, la restitution ne vise pas à sanctionner la négligence ou la faute, mais plutôt à remettre les parties en état lorsqu’il est démontré que l’une d’entre elles a reçu une chose sans y avoir droit (voir par. 78). Comme l’a rappelé notre Cour dans *Amex*, « la restitution découle de l’absence d’une obligation d’exécuter la prestation, et la réparation consiste dans ce cas à restituer toute prestation exécutée sans obligation (art. 1492 et premier paragraphe de l’art. 1699) » (par. 32). La faute n’est pas un facteur pertinent à considérer. Au-delà de conjectures hasardeuses auxquelles notre Cour ne doit pas selon nous se livrer, rien ne permet d’affirmer ici qu’Octane ait eu un intérêt personnel à fournir les services en cause gratuitement, qu’elle ait ce faisant voulu s’assurer de contrats futurs ou qu’elle ait choisi de simplement agir à ses propres risques. En l’absence d’une intention libérale de la part d’Octane ou de toute autre cause qui puisse justifier qu’elle fournisse gratuitement ces services à la Ville, il faut conclure que cette prestation de services est le résultat d’une erreur aux termes de ce qu’exige l’art. 1491 *C.c.Q.*

[84] Nous ajoutons ce qui suit. Le fait que les représentants d’Octane n’aient jamais douté, avant 2010, que la Ville paierait ces déboursés est révélateur de la compréhension de la situation par les parties, quoique erronée en droit. Le cadre factuel aseptisé que présente la Ville tranche nettement avec le contexte dans lequel les parties agissaient. C’est seulement en avril 2007, à peine quatre semaines avant l’événement prévu, qu’Octane est contactée pour la première fois par le directeur des transports de la Ville, qui l’informe que les services rendus à l’interne sont insatisfaisants. Comme le relève le juge de première instance, le plan de transport de la Ville est l’un des principaux engagements de l’administration lors des élections municipales en 2005. Octane est d’ailleurs l’une des entreprises externes qui a participé à la rédaction de ce plan entre 2005 et 2007. Elle est donc très bien placée pour comprendre l’importance cruciale que revêt le lancement de ce projet pour la Ville. Lorsque cette

main people working on the project, Mr. Thériault told Octane’s representatives that [TRANSLATION] “the budget will be commensurate with the quality of your ideas” (Sup. Ct., at paras. 123-26). It was stressed that the event would have to be a [TRANSLATION] “landmark” event that was “lavish” and “glitzy” (Sup. Ct., at para. 10), which confirms its importance. In addition, several hundred people from all circles were expected. It is difficult to argue, in such a context, that Octane intended to provide the services in question purely as a liberality.

[85] We conclude that the conditions imposed by the rules on receipt of a payment not due are met, such that the restoration of the parties to their previous positions must be ordered on this basis.

(3) Modalities and Scope of Restitution

[86] Clearly, restitution for the services provided by Octane for the production of the City’s May 17 event cannot be made in kind. As the trial judge stated, restitution must be made by equivalence in accordance with art. 1700 *C.C.Q.* The City is not challenging the trial judge’s finding that the services provided by Octane were of good quality and benefited the City (Sup. Ct., at paras. 100 and 160). It is also not challenging his finding concerning the fair value of those services (Sup. Ct., at para. 161), nor is it disputing the fact that the event lived up to expectations. In short, the City has identified no palpable and overriding error that would warrant this Court’s interference with the trial judge’s assessment, which must accordingly be upheld. Restitution by equivalence for the services provided corresponds to the cost of producing the event, \$82,898.63.

[87] With regard to the judicial discretion to refuse restitution or to modify the scope or modalities of restitution under para. 2 of art. 1699 *C.C.Q.*, the City has not satisfied us that the findings of the courts below on this point should be disturbed. We have already rejected the City’s central argument that a court should systematically exercise its discretion to refuse restitution where the procedure for awarding municipal contracts has not been complied with. And in

dernière convie Octane à une réunion à l’hôtel de ville avec les principaux intervenants au dossier, M. Thériault indique aux représentants d’Octane que « le budget sera proportionnel à la qualité de vos idées » (C.S., par. 123-126). On souligne que l’événement devra être « marquant », « fastueux », et « flamboyant » (C.S., par. 10), ce qui confirme son importance. Plusieurs centaines de personnes de tous les milieux sont par ailleurs attendues. Difficile de soutenir, dans un tel contexte, qu’Octane ait eu l’intention de fournir les services en cause par pure libéralité.

[85] Nous en concluons que les conditions propres au régime de la réception de l’indu sont remplies, si bien que la remise en état doit être ordonnée sur ce fondement.

(3) Les modalités et l’étendue de la restitution

[86] La restitution des services fournis par Octane pour la production de l’événement du 17 mai de la Ville ne peut évidemment se faire en nature. Comme le souligne le juge de première instance, elle doit se faire par équivalent, conformément à l’art. 1700 *C.c.Q.* La Ville ne remet pas en question la conclusion du premier juge suivant laquelle les services rendus par Octane étaient de bonne qualité et qu’elle en a bénéficié (C.S., par. 100 et 160). Elle ne conteste pas non plus sa conclusion sur la juste valeur de ces services (C.S., par. 161), ni le fait que l’événement était conforme aux attentes. En somme, la Ville ne relève aucune erreur manifeste et déterminante qui justifierait notre Cour de modifier l’évaluation du juge de première instance, si bien que celle-ci doit être maintenue. La restitution par équivalent des services fournis correspond au coût de production de l’événement, soit 82 898,63 \$.

[87] En ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire du tribunal de refuser ou de modifier l’étendue ou les modalités de la restitution dont traite l’al. 2 de l’art. 1699 *C.c.Q.*, la Ville ne nous convainc pas qu’il y a lieu d’intervenir dans les conclusions des tribunaux de juridiction inférieure à cet égard. Nous avons déjà écarté l’argument central de la Ville selon lequel un tribunal devrait systématiquement exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser la restitution

this case, the City has not proved that full restitution would accord an undue advantage to Octane. As the Court of Appeal noted, the trial judge found that the services provided by Octane for the transportation plan launch were of good quality and benefited the City (C.A., at para. 63; Sup. Ct., at paras. 159-60). The Court of Appeal also noted that the City was not disputing the fact that it had received the full benefit of those services (para. 64). Indeed, it is clear that refusing restitution for the value of the services rendered here would instead confer an undue advantage on the City. By benefiting from services that it received entirely for free without any right, it would be enriched at the expense of Octane, which would suffer a loss corresponding to that unjust gain.

(4) Applicable Prescriptive Period

[88] Lastly, the City argues that, in the absence of a contract between the parties, Octane's action to recover a payment not due is necessarily extracontractual in nature. According to the City, the action is therefore prescribed because it was brought after the expiry of the six-month period provided for in s. 586 *C.T.A.* The Superior Court and the Court of Appeal found that Octane's action was not prescribed. In our view, the City's argument must fail. It reflects a misunderstanding of the concept of restitution of prestations in Quebec civil law.

[89] Section 586 *C.T.A.* simply does not apply in this case. That provision reads as follows:

586. Every action, suit or claim against the municipality or any of its officers or employees, for damages occasioned by faults, or illegalities, shall be prescribed by six months from the day on which the cause of action accrued, any provision of law to the contrary notwithstanding.

This section derogates from the general law rules of prescription. As such, it must be interpreted restrictively (C. Gervais, *La prescription* (2009), at p. 80; Héту and Duplessis, at para. 10.87). According to its wording, the six-month prescriptive period applies

lorsque la procédure d'adjudication des contrats municipaux n'est pas respectée. Et, en l'espèce, la Ville n'a pas fait la preuve qu'un avantage indu serait accordé à Octane en cas de restitution intégrale. Comme le souligne la Cour d'appel, le juge de première instance a conclu que les services fournis par Octane pour les fins du lancement du plan de transport étaient de qualité et ont profité à la Ville (C.A., par. 63; C.S., par. 159-160). Elle souligne également que la Ville n'a pas contesté avoir pleinement profité de ces services (par. 64). À vrai dire, force est de constater que refuser la restitution de la valeur des services rendus ici conférerait plutôt un avantage indu à la Ville. En bénéficiant de services reçus sans droit tout à fait gratuitement, elle s'enrichirait aux dépens d'Octane, qui assumerait une perte corrélative à ce gain injustifié.

(4) La prescription applicable

[88] En dernier lieu, la Ville soutient qu'en l'absence d'un contrat entre les parties, le recours d'Octane en répétition de l'indu est nécessairement de nature extracontractuelle. Ce recours est donc, à son avis, prescrit parce qu'intenté après l'expiration du délai de six mois prévu à l'art. 586 *L.C.V.* La Cour supérieure et la Cour d'appel ont conclu que l'action d'Octane n'est pas prescrite. Nous sommes d'avis que l'argument de la Ville est voué à l'échec. Il témoigne d'une mauvaise compréhension de la notion de restitution des prestations en droit civil québécois.

[89] En effet, l'art. 586 *L.C.V.* ne s'applique pas dans le présent dossier. Cette disposition est rédigée en ces termes :

586. Toute action, poursuite ou réclamation contre la municipalité ou l'un de ses fonctionnaires ou employés, pour dommages-intérêts résultant de fautes ou d'illégalités, est prescrite par six mois à partir du jour où le droit d'action a pris naissance, nonobstant toute disposition de la loi à ce contraire.

Cet article déroge aux règles de prescription de droit commun. À ce titre, il doit être interprété de façon restrictive (C. Gervais, *La prescription* (2009), p. 80; Héту et Duplessis, par. 10.87). Suivant son libellé, le délai de prescription de six mois ne s'applique

only to an action, suit or claim for damages. In *Amex*, this Court wrote that “the basis for restitution is not the commission of a wrongful act, and the potential remedy is not damages” (*Amex*, at para. 32; Lluellas and Moore, at No. 1253; Fréchette, at pp. 149-50 and 266-67). This reasoning reflects the fact that the restitution of prestations is governed by a specific mechanism that differs from the awarding of damages. While the rules of liability are based on the obligation to make reparation for injury caused to another by one’s fault (art. 1457 *C.C.Q.*), the rules on restitution of prestations are based on the need to restore the parties to their previous positions, regardless of the fault committed by one of them (Fréchette, at pp. 139-40). In the case of recovery of a payment not due, the basis for restitution is that there never existed an obligation to perform a prestation (*Amex*, at para. 32). The parties are restored to their previous positions, but this remedy cannot be characterized as damages.

[90] Moreover, the authorities recognize that an action to recover a payment not due is subject to the general law period of three years provided for in art. 2925 *C.C.Q.* (Baudouin and Jobin, at No. 533; *Tremblay v. 2543-7443 Québec inc.*, 1999 CanLII 11903 (Que. Sup. Ct.); *Steckmar Corp. v. Consultants Zenda ltée*, 2000 CanLII 18061 (Que. Sup. Ct.)). This is the period that applies here. The action brought by Octane against the City on May 14, 2010 is not prescribed.

C. *Octane’s Claim Against Mr. Thériault*

[91] We note in closing that the trial judge found that Mr. Thériault could be held personally liable on the facts because he had not only granted the mandate to Octane but had also provided assurances, before the payments to PGB, that the City would pay the costs incurred. The judge added that Mr. Thériault had done nothing to follow through on those promises and to make sure that Octane was paid (Sup. Ct., at paras. 128-35). He noted that, if he had not granted the principal conclusion against the City, he would have granted the alternative conclusion against Mr. Thériault (Sup. Ct., at para. 169).

qu’à toute action, poursuite ou réclamation pour dommages-intérêts. Or, dans l’arrêt *Amex*, notre Cour écrit que « la restitution ne découle pas de la perpétration d’un fait fautif, et la réparation susceptible d’être ordonnée dans ce cas ne comprend pas les dommages-intérêts » (*Amex*, par. 32; Lluellas et Moore, n° 1253; Fréchette, p. 149-150 et 266-267). Ce raisonnement s’explique par le fait que la restitution des prestations obéit à un mécanisme qui lui est propre et qui se distingue de l’octroi de dommages-intérêts. Si le régime de la responsabilité se fonde sur l’obligation de réparer le préjudice causé à autrui par sa faute (art. 1457 *C.c.Q.*), celui de la restitution des prestations repose sur la nécessité de remettre les parties en état, indépendamment de la faute commise par l’une d’elles (Fréchette, p. 139-140). Dans le cas de la répétition de l’indu, la restitution découle de l’absence d’obligation d’exécuter une prestation (*Amex*, par. 32). La remise en état qu’elle entraîne ne se qualifie pas de dommages-intérêts.

[90] Par ailleurs, la doctrine et la jurisprudence reconnaissent que le recours en répétition de l’indu est assujéti au délai de droit commun de trois ans prévu à l’art. 2925 *C.c.Q.* (Baudouin et Jobin, n° 533; *Tremblay c. 2543-7443 Québec inc.*, 1999 CanLII 11903 (C.S. Qc); *Steckmar Corp. c. Consultants Zenda ltée*, 2000 CanLII 18061 (C.S. Qc)). C’est ce délai qui s’applique ici. Le recours d’Octane contre la Ville intenté le 14 mai 2010 n’est pas prescrit.

C. *Le recours d’Octane contre M. Thériault*

[91] Nous notons en terminant que le juge de première instance a estimé que les faits le justifiaient de conclure à la responsabilité personnelle de M. Thériault puisque ce dernier n’a pas seulement octroyé le mandat à Octane, mais aussi donné des assurances, avant les versements à PGB, que la Ville paierait pour les frais engagés. Le juge ajoute que M. Thériault n’a rien fait pour donner suite à ces promesses et s’assurer qu’Octane soit payée (C.S., par. 128-135). Il souligne que, s’il n’avait pas accueilli la conclusion principale contre la Ville, il aurait accueilli la conclusion subsidiaire contre M. Thériault (C.S., par. 169).

[92] Since we are of the view that the City’s appeal must be dismissed, there is no need to decide the issue raised by Octane’s appeal with regard to Mr. Thériault’s personal liability. However, we believe that it will be helpful to state the following. The general law rules of civil liability apply to the various municipal actors, whether they are elected officials, officers or political staff members. In the words of L’Heureux-Dubé and LeBel JJ. in *Prud’homme*, “like anyone else, elected municipal officials may commit wrongful acts that cause injury to individuals in the performance of the duties of their office. . . . However in the case of the collegial acts of the council, [they] are, as a rule, personally liable for their wrongful individual acts” (*Prud’homme*, at paras. 16 and 21). These words apply with even greater force to municipal officers and political staff members, since they do not have the “ambiguous” or “hybrid” legal status of elected municipal officials, who are representatives of both the municipality and their constituents (*Prud’homme*, at paras. 20 and 23). These persons may be liable if they make undertakings or provide assurances claiming that they are doing so on the municipality’s behalf, while knowing full well that this is not the case.

VI. Conclusion

[93] The Superior Court and the Court of Appeal correctly stated the law when they found that the rules on restitution of prestations in arts. 1699 et seq. *C.C.Q.* apply in the municipal context. However, the restoration of the parties to their previous positions could not be ordered on the basis of a null juridical act given the non-existence of a contract between the City and Octane for the provision of services relating to the production of the launch event of May 17, 2007. Such restoration must instead be based here on the rules on receipt of a payment not due and must be for the value of the services received by the City without right. The trial judge’s finding that the fair value of the services provided was the cost paid by Octane for the production of the event, \$82,898.63, is not tainted by any palpable and overriding error that would justify this Court’s intervention. Nor did the courts below err in declining to exercise

[92] Puisque nous concluons que l’appel de la Ville doit être rejeté, il n’y a pas lieu de trancher la question soulevée par l’appel d’Octane sur la responsabilité personnelle de M. Thériault. Nous croyons toutefois utile de préciser ce qui suit. Le régime de la responsabilité civile de droit commun s’applique aux divers acteurs du monde municipal, que ce soit l’élu, le fonctionnaire ou encore le membre du personnel politique. Pour reprendre les propos des juges L’Heureux-Dubé et LeBel dans l’arrêt *Prud’homme*, « comme toute autre personne, l’élu municipal est susceptible de commettre, dans l’exercice de ses fonctions, une faute préjudiciable à des personnes en particulier [. . .] [H]ors du cadre de l’action collégiale du conseil, [il] demeure en principe personnellement responsable de son acte individuel fautif. » (*Prud’homme*, par. 16 et 21). Ces propos s’appliquent à plus forte raison aux fonctionnaires municipaux et aux membres du personnel politique, lesquels n’ont pas le statut juridique « ambigu » ou « hybride » de l’élu municipal qui représente à la fois la municipalité et les citoyens qui l’ont élu (*Prud’homme*, par. 20 et 23). Ces personnes peuvent engager leur responsabilité si elles formulent des engagements ou donnent des assurances en prétendant qu’elles le font au nom de la municipalité, tout en sachant pertinemment qu’il n’en est rien.

VI. Conclusion

[93] La Cour supérieure et la Cour d’appel se sont bien dirigées en droit en concluant que le régime de la restitution des prestations des art. 1699 et suiv. *C.c.Q.* s’applique en matière municipale. Cependant, la remise en état des parties ne pouvait être ordonnée sur la base d’un acte juridique nul compte tenu de l’inexistence d’un contrat entre la Ville et Octane pour la prestation des services relatifs à la production de l’événement de lancement du 17 mai 2007. Cette remise en état s’impose plutôt ici sur la base du régime de la réception de l’indu pour la valeur des services que la Ville a reçus sans droit. La conclusion du juge de première instance selon laquelle la juste valeur des services rendus représente le coût de production de l’événement assumé par Octane, soit 82 898,63 \$, n’est entachée d’aucune erreur manifeste et déterminante qui justifierait l’intervention de notre Cour. Les tribunaux de juridiction inférieure

the discretion to refuse restitution or to modify its scope or modalities. Accordingly, the City's appeal in file 38066 is dismissed. It follows that Octane's appeal in file 38073 is moot.

[94] On the issue of costs, Octane is claiming them on the usual basis for the proceedings in the courts below but on a solicitor-client basis for the proceedings in this Court. It argues that the exceptional circumstances that warrant an award of such costs are established here. It notes that its claim is only for reimbursement of an expense, namely PGB's costs, without any profit or management fee. In this context, it would be disproportionate to make it pay the legal fees and disbursements for the proceedings in this Court. It submits that the City's interest in having the issues decided goes beyond the facts of this case, particularly as regards the application of the rules on restitution of prestations in the municipal context and the coming into existence of municipal contracts.

[95] This request should not be granted. This Court awards costs on a solicitor-client basis only in exceptional cases, for example where one of the parties has displayed reprehensible, scandalous or outrageous conduct (*Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at p. 134; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*; *Rice v. New Brunswick*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, at para. 86; *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371, at para. 60) or where the appeal raises issues of general importance that go beyond the particular case of the successful party (*Finney v. Barreau du Québec*, 2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17, at para. 48; *Richard v. Time Inc.*, 2012 SCC 8, [2012] 1 S.C.R. 265, at para. 216; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 726). That is not the situation here. The fact that Octane has incurred additional costs to defend its position in this Court or that the issues in the case are of particular interest to the City does not justify departing from the usual practice in such matters. We would therefore award costs throughout to Octane on the usual basis

n'ont pas non plus commis d'erreur en refusant d'exercer le pouvoir discrétionnaire de refuser ou de modifier l'étendue ou les modalités de la restitution. En conséquence, l'appel de la Ville dans le dossier 38066 est rejeté. Il s'ensuit que l'appel d'Octane dans le dossier 38073 est sans objet.

[94] Pour ce qui est de la question des dépens, Octane réclame ceux-ci sur la base habituelle pour les procédures devant les juridictions d'instance inférieure, mais sur la base avocat-client pour les procédures devant notre Cour. Elle avance que les circonstances exceptionnelles qui justifient l'octroi de tels dépens sont établies en l'espèce. Elle souligne que sa réclamation ne vise que le remboursement d'un déboursé, soit les coûts de PGB, sans profit ni frais de gestion. Dans ce contexte, il serait disproportionné de lui faire assumer les honoraires et débours d'avocat pour les procédures devant nous. Elle fait valoir que l'intérêt de la Ville à faire trancher les questions en litige dépasse le cadre factuel de l'affaire, notamment en ce qui concerne l'application du régime de la restitution des prestations en matière municipale et la naissance du contrat municipal.

[95] Il n'y a pas lieu de faire droit à cette demande. Notre Cour n'octroie les dépens sur la base avocat-client que dans des cas d'exception, par exemple lorsqu'une des parties fait preuve d'une conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante (*Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, p. 134; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 86; *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371, par. 60) ou encore lorsque le pourvoi soulève des questions d'importance générale qui dépassent le cas particulier de la partie gagnante (*Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17, par. 48; *Richard c. Time Inc.*, 2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265, par. 216; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 726). Ce n'est pas le cas ici. Le fait qu'Octane ait engagé des coûts supplémentaires pour défendre sa position devant notre Cour ou que les enjeux au cœur du pourvoi présentent un intérêt particulier pour la Ville ne justifient pas de déroger à la pratique habituelle en

in file 38066. In file 38073, in which the appeal is moot, no costs are awarded.

English version of the reasons of Moldaver, Côté and Brown JJ. delivered by

CÔTÉ AND BROWN JJ. (dissenting) —

I. Introduction

[96] We have read the reasons of the Chief Justice and Gascon J.; they provide a thorough and comprehensive account of the facts and the judicial history, and we see no need to duplicate their efforts here, other than to briefly outline the context of the two appeals before us.

[97] The appeal of Ville de Montréal (“City”) in file No. 38066 seeks the dismissal of a claim for \$82,898.63 made by the respondent Octane Stratégie inc. (“Octane”) concerning professional and technical services provided by one of its subcontractors, Productions Gilles Blais (“PGB”), for the launch of the City’s transportation plan on May 17, 2007. Octane’s appeal in file No. 38073 is subsidiary in nature, since its only purpose is to obtain an award against a member of the political staff of the mayor’s office, the respondent Richard Thériault, in lieu of the City in the event that the City is successful in the main file.

[98] It is not in dispute that no valid contract was formed between Octane and the City for the services provided by PGB. It is therefore not disputed by the parties or by our colleagues that Octane’s claim could only be allowed through the application of the rules on restitution of prestations codified at arts. 1699 to 1707 of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”). There is, however, a debate about the source of the City’s alleged obligation to make restitution: would restitution be a consequence of the annulment of a contract formed between Octane and the City (art. 1422 C.C.Q.), or would it rather

cette matière. Nous sommes donc d’avis d’accorder les dépens en faveur d’Octane sur la base habituelle devant toutes les cours dans le dossier 38066. Dans le dossier 38073 où l’appel est sans objet, aucun dépens n’est octroyé.

Les motifs des juges Moldaver, Côté et Brown ont été rendus par

LES JUGES CÔTÉ ET BROWN (dissidents) —

I. Introduction

[96] Nous avons pris connaissance des motifs du juge en chef et du juge Gascon; ils y dressent un portrait rigoureux et exhaustif des faits et de l’historique judiciaire, et nous ne voyons pas la nécessité de dupliquer leurs efforts ici, si ce n’est pour rappeler brièvement le contexte des deux pourvois dont nous sommes saisis.

[97] L’appel de la Ville de Montréal (« Ville ») dans le dossier n° 38066 vise à faire rejeter une réclamation de l’intimée Octane Stratégie inc. (« Octane ») qui s’élève à 82 898,63 \$ concernant des services professionnels et techniques fournis par un sous-traitant d’Octane, Productions Gilles Blais (« PGB »), lors du lancement du Plan de transport de la Ville, qui a eu lieu le 17 mai 2007. L’appel d’Octane dans le dossier n° 38073 a un caractère subsidiaire puisqu’il vise seulement à faire condamner un membre du personnel politique du cabinet du maire, l’intimé Richard Thériault, en lieu et place de la Ville, si celle-ci a gain de cause dans le dossier principal.

[98] Il n’est pas contesté qu’aucun contrat valide ne s’est formé entre Octane et la Ville à l’égard des services rendus par PGB. Il n’est donc pas contesté par les parties et par nos collègues que la réclamation d’Octane ne pourrait être accueillie que par application du régime de la restitution des prestations codifié aux art. 1699 à 1707 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »). Il existe cependant un débat sur la source de la prétendue obligation de restitution de la Ville : la restitution serait-elle une conséquence de l’annulation d’un contrat qui se serait formé entre Octane et la Ville (art. 1422 C.c.Q.) ou serait-elle

be a consequence of the City's receipt of a payment that was quite simply not due (arts. 1554, 1491 and 1492 *C.C.Q.*)?

[99] Like our colleagues, we find that, in the instant case, the restitution of prestations cannot result from the mechanism of annulment of a contract, since the “contract” on which Octane bases its claim is quite simply non-existent in the absence of a by-law or resolution passed by the City's municipal council expressing its intention to be bound by contract to Octane for the services rendered by PGB. Moreover, no municipal officer duly authorized by a valid delegation of powers consented to such a contract on the City's behalf. As for the prescription of Octane's action against the City, like our colleagues, we accept that the action is not prescribed.

[100] However, we part ways from our colleagues where they conclude that the conditions for bringing an action to recover a payment not due are met, and particularly where they find that Octane paid the City in error. Octane knew the rules governing the formation and awarding of municipal contracts, and it therefore knew that it had no contract with the City at the time of payment. It is true that Octane paid when it was not bound to do so, but it paid with full knowledge in such a way that it cannot now rely on the mechanism of receipt of a payment not due. Moreover, the onus was on Octane to ensure that the proper procedure would be followed in entering into the contract, and it cannot claim that this onus, which rested on it, shifted to Mr. Thériault.

II. Analysis

A. *The City's Appeal (File No. 38066)*

(1) Restitution of Prestations in the Civil Law

[101] Article 1699 para. 1 *C.C.Q.* provides that “[r]estitution of prestations takes place where a person is bound by law to return to another person the property he has received”. As Octane acknowledges in its factum (para. 76), it follows from the clear wording of this provision that it does not create any

plutôt une conséquence de la réception par la Ville d'un paiement qui ne lui était tout simplement pas dû (art. 1554, 1491 et 1492 *C.c.Q.*)?

[99] Comme nos collègues, nous concluons que la restitution des prestations ne peut en l'espèce être la conséquence du mécanisme de l'annulation d'un contrat, puisque le « contrat » sur lequel Octane fonde sa réclamation est tout simplement inexistant en l'absence d'un règlement ou d'une résolution du conseil municipal de la Ville manifestant son intention d'être liée contractuellement à Octane à l'égard des services rendus par PGB. Par ailleurs, aucun fonctionnaire dûment habilité par une délégation de pouvoirs valide n'a consenti à un tel contrat au nom de la Ville. En ce qui a trait à la prescription du recours d'Octane intenté contre la Ville, à l'instar de nos collègues, nous convenons qu'il n'est pas prescrit.

[100] Toutefois, nous nous dissociions de nos collègues lorsqu'ils concluent que les conditions d'ouverture d'une action en répétition de l'indu sont remplies, et en particulier lorsqu'ils affirment qu'Octane aurait payé la Ville par erreur. Octane connaissait les règles de formation et d'adjudication des contrats municipaux, et elle savait donc qu'aucun contrat ne la liait à la Ville au moment du paiement. Certes, Octane a payé alors qu'elle n'y était pas tenue, mais elle l'a fait en toute connaissance de cause, de sorte qu'elle ne peut se prévaloir du mécanisme de la réception de l'indu. De plus, Octane avait le fardeau de s'assurer que le contrat serait conclu selon la procédure régulière et elle ne saurait invoquer un déplacement de ce fardeau, qui est le sien, sur les épaules de M. Thériault.

II. Analyse

A. *L'appel de la Ville (dossier n° 38066)*

(1) La restitution des prestations en droit civil

[101] L'article 1699 al. 1 *C.c.Q.* prévoit que « [l]a restitution des prestations a lieu chaque fois qu'une personne est, en vertu de la loi, tenue de rendre à une autre des biens qu'elle a reçus ». Comme le reconnaît Octane dans son mémoire (par. 76), il résulte du libellé clair de cette disposition qu'elle ne crée aucun

[TRANSLATION] “stand-alone equitable remedy”; it simply describes the circumstances in which restitution takes place on the basis of obligations whose source lies elsewhere in the law (M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec* (7th ed. 2009), at p. 390).

[102] The rules on restitution of prestations are broad. Article 1699 para. 1 *C.C.Q.* refers to at least three scenarios: (1) where a person has received property “without right or in error” (for example, the receipt of a payment not due: arts. 1554, 1491 and 1492 *C.C.Q.*), (2) where a person has received property “under a juridical act which is subsequently annulled with retroactive effect” (for example, the annulment of a contract: art. 1422 *C.C.Q.*), and (3) where a person has received property under a juridical act but the person’s “obligations become impossible to perform by reason of superior force” (J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, at No. 920; D. Lluelles and B. Moore, *Droit des obligations* (3rd ed. 2018), at No. 1227).

[103] In any of these three scenarios, the restitution of prestations is, in principle, required. Article 1699 para. 2 *C.C.Q.* allows a court to exceptionally refuse restitution or modify its scope or modalities where it would have the effect of according an undue advantage to one party. However, the court’s discretionary power under art. 1699 para. 2 *C.C.Q.* is quite exceptional (*Amex Bank of Canada v. Adams*, 2014 SCC 56, [2014] 2 S.C.R. 787, at para. 38; *Montréal (Ville de) v. St-Pierre (Succession de)*, 2008 QCCA 2329, [2009] R.J.Q. 54; Baudouin and Jobin, at No. 921; Lluelles and Moore, at No. 1237; J. Pineau, D. Burman and S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4th ed. 2001), by J. Pineau and S. Gaudet, at pp. 395-96).

[104] In this case, the majority of the Court of Appeal (2018 QCCA 223, 81 M.P.L.R. (5th) 39, at paras. 47-49) relied on two distinct sources to ground the City’s obligation to make restitution: first, the annulment of a contract allegedly formed between Octane and the City (art. 1422 *C.C.Q.*), and second,

« remède d’équité autonome »; elle décrit simplement les circonstances dans lesquelles la restitution a lieu sur le fondement d’obligations dont la source se trouve ailleurs dans la loi (M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec* (7^e éd. 2009), p. 390).

[102] Le régime de la restitution des prestations est vaste. L’article 1699 al. 1 *C.c.Q.* fait état d’au moins trois scénarios : (1) la situation d’une personne qui a reçu un bien « sans droit ou par erreur » (par exemple la réception de l’indu : art. 1554, 1491 et 1492 *C.c.Q.*), (2) la situation d’une personne qui a reçu un bien « en vertu d’un acte juridique qui est subséquemment anéanti de façon rétroactive » (par exemple l’annulation d’un contrat : art. 1422 *C.c.Q.*) et (3) la situation d’une personne qui a reçu un bien en vertu d’un acte juridique « dont les obligations deviennent impossibles à exécuter en raison d’une force majeure » (J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (7^e éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, n^o 920; D. Lluelles et B. Moore, *Droit des obligations* (3^e éd. 2018), n^o 1227).

[103] Lorsque l’un de ces trois scénarios se présente, la restitution des prestations s’impose en principe. L’article 1699 al. 2 *C.c.Q.* permet exceptionnellement au tribunal de refuser la restitution, ou d’en modifier l’étendue ou les modalités, lorsqu’elle aurait pour effet d’accorder à l’une des parties un avantage indu. Le pouvoir discrétionnaire que confère l’art. 1699 al. 2 *C.c.Q.* au tribunal constitue cependant un pouvoir tout à fait exceptionnel (*Banque Amex du Canada c. Adams*, 2014 CSC 56, [2014] 2 R.C.S. 787, par. 38; *Montréal (Ville de) c. St-Pierre (Succession de)*, 2008 QCCA 2329, [2009] R.J.Q. 54; Baudouin et Jobin, n^o 921; Lluelles et Moore, n^o 1237; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4^e éd. 2001), par J. Pineau et S. Gaudet, p. 395-396).

[104] En l’espèce, les juges majoritaires de la Cour d’appel (2018 QCCA 223, 81 M.P.L.R. (5th) 39, par. 47-49) se sont fondés sur deux sources distinctes pour justifier l’obligation de restitution de la Ville : premièrement, l’annulation d’un contrat qui se serait formé entre Octane et la Ville (art. 1422 *C.c.Q.*)

the City's receipt of a payment that was simply not due to it (arts. 1554, 1491 and 1492 *C.C.Q.*). Our colleagues, for their part, rely solely on receipt of a payment not due, as they recognize that no contract was formed between Octane and the City (paras. 32 and 50).

[105] A few observations are in order here.

[106] At the hearing before this Court, counsel for Octane admitted that [TRANSLATION] “the case was not put together that way [and] the evidence was not adduced with receipt of a payment not due in mind” (transcript, at p. 63). At trial, Octane “did not raise receipt of a payment not due” because it simply “replied to the City’s arguments . . . alleging that the contract was null” (p. 58). Counsel for Octane also candidly acknowledged before us that “other questions or other evidence or other witnesses would perhaps have been necessary” regarding this issue (p. 63).

[107] Nor did Octane rely on receipt of a payment not due before the Court of Appeal, including [TRANSLATION] “in oral argument”, where there was no “debate on receipt of a payment not due” (transcript, at p. 64). In other words, it appears that receipt of a payment not due was raised by the majority of the Court of Appeal on its own initiative while the case was under advisement, without the parties having been heard on this point. In her concurring reasons, Hogue J.A. in fact found that it was unnecessary [TRANSLATION] “to determine whether the scheme for recovery of a payment not due could apply if no contract had been entered into”, since that scheme “has its own rules, which are not easy to apply in the context of the instant case, where the known facts are limited” (para. 74 (emphasis added)).

[108] We share Hogue J.A.’s concerns. The evidence adduced at trial is simply insufficient for us to properly apply the mechanism of receipt of a payment not due to the facts of this case. The parties’ submissions concerning this mechanism in the courts below and in this Court are also insufficient. In its factum (para. 162), Octane in fact agrees with the

et, deuxièmement, la réception par la Ville d’un paiement qui ne lui était tout simplement pas dû (art. 1554, 1491 et 1492 *C.c.Q.*). Pour leur part, nos collègues s’appuient uniquement sur la réception de l’indu, puisqu’ils reconnaissent qu’aucun contrat ne s’est formé entre Octane et la Ville (par. 32 et 50).

[105] Quelques observations s’imposent à ce sujet.

[106] Lors de l’audience devant nous, le procureur d’Octane a admis que « le dossier n’a pas été monté de cette façon-là [et] la preuve n’a pas été administrée en ayant en tête la réception de l’indu » (transcription, p. 63). En première instance, Octane « n’[a] pas soulevé la réception de l’indu » puisqu’elle s’est contentée de « répond[re] à l’argumentation de la Ville [. . .] qui prétendait que le contrat était nul » (p. 58). Le procureur d’Octane a d’ailleurs reconnu en toute franchise devant nous que « peut-être que d’autres questions ou d’autres preuves ou d’autres témoins auraient été nécessaires » à ce sujet (p. 63).

[107] Octane n’a pas non plus invoqué la réception de l’indu devant la Cour d’appel, y compris « lors des plaidoiries », au cours desquelles aucun « débat sur la réception de l’indu » n’a eu lieu (transcription, p. 64). Autrement dit, la réception de l’indu semble avoir été soulevée d’office par les juges majoritaires de la Cour d’appel lors de leur délibéré, et ce, sans que les parties n’aient été entendues sur ce point. Dans ses motifs concordants, la juge Hogue a d’ailleurs estimé qu’il n’y avait pas lieu « de déterminer si le régime de répétition de l’indu pourrait s’appliquer si aucun contrat n’était intervenu », puisque ce régime « obéit à des règles qui lui sont propres, qu’il n’est pas aisé d’appliquer dans le contexte de l’espèce où les faits connus sont limités » (par. 74 (nous soulignons)).

[108] Nous partageons les préoccupations de la juge Hogue. La preuve présentée en première instance est tout simplement insuffisante pour nous permettre d’appliquer adéquatement le mécanisme de la réception de l’indu aux faits de l’espèce. Les représentations des parties devant les tribunaux inférieurs et notre Cour en ce qui a trait à ce mécanisme sont

concurring reasons of Hogue J.A. of the Court of Appeal on this point:

[TRANSLATION] . . . articles 1422, 1699 and 1700 C.C.Q. provide a complete solution to Octane’s situation, without it being necessary to consider whether Octane would also have been entitled to one under articles 1491 and 1492 C.C.Q. [Emphasis added.]

[109] However, Octane did not completely abandon the argument concerning receipt of a payment not due before our Court, since it essentially raised this argument on an alternative basis at the hearing. We are therefore prepared to analyze the mechanisms of annulment of a contract and receipt of a payment not due as possible sources of the City’s alleged obligation to make restitution. In fact, our colleagues’ reasons invite us to do so.

(2) Restitution of Prestations as a Consequence of the Annulment of a Contract (Article 1422 C.C.Q.)

(a) *Restitution of Prestations Can Be Ordered Where a Municipal Contract Is Annulled*

[110] Any contract which does not meet the necessary conditions of its formation may be annulled (art. 1416 C.C.Q.). A contract is absolutely null where the condition of formation sanctioned by its nullity is necessary for the protection of the general interest (art. 1417 C.C.Q.). It is relatively null where the condition of formation sanctioned by its nullity is necessary for the protection of an individual interest (art. 1419 C.C.Q.).

[111] Article 1385 para. 1 C.C.Q. states that “[a] contract is formed by the sole exchange of consents between persons having capacity to contract, unless, in addition, the law requires a particular form to be respected as a necessary condition of its formation”. Sections 573 et seq. of the *Cities and Towns Act*, CQLR, c. C-19 (“C.T.A.”), provide in this regard that certain formalities must be observed in the awarding of municipal contracts.

également insuffisantes. Dans son mémoire (par. 162), Octane souscrit d’ailleurs aux motifs concordants de la juge Hogue en Cour d’appel sur ce point :

. . . les articles 1422, 1699 et 1700 C.c.Q. prévoient une solution complète à la situation d’Octane, sans qu’il soit nécessaire de se demander si Octane y aurait aussi eu droit en application des articles 1491 et 1492 C.c.Q. [Nous soulignons.]

[109] Néanmoins, Octane n’a pas complètement abandonné devant nous le moyen portant sur la réception de l’indu, puisqu’elle l’a en quelque sorte invoqué de façon subsidiaire à l’audience. En conséquence, nous acceptons de nous livrer à une analyse des mécanismes de l’annulation d’un contrat et de la réception de l’indu comme sources possibles de la prétendue obligation de restitution de la Ville. En fait, les motifs de nos collègues nous y invitent.

(2) La restitution des prestations comme conséquence de l’annulation d’un contrat (art. 1422 C.c.Q.)

a) *La restitution des prestations peut être ordonnée en cas d’annulation d’un contrat municipal*

[110] Tout contrat qui n’est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation peut être frappé de nullité (art. 1416 C.c.Q.). La nullité est absolue lorsque la condition de formation qu’elle sanctionne s’impose pour la protection de l’intérêt général (art. 1417 C.c.Q.). Elle est relative lorsque la condition de formation qu’elle sanctionne s’impose pour la protection d’intérêts particuliers (art. 1419 C.c.Q.).

[111] L’article 1385 al. 1 C.c.Q. prévoit que « [l]e contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter, à moins que la loi n’exige, en outre, le respect d’une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation ». Les articles 573 et suiv. de la *Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19 (« L.C.V. »), disposent à cet égard que l’adjudication des contrats municipaux doit respecter certaines formalités.

[112] Pursuant to those rules, all contracts for less than \$25,000 may be entered into by agreement (*An Act to amend various legislative provisions concerning municipal affairs*, S.Q. 2001, c. 25, ss. 34, 54 and 512; J. Héту and Y. Duplessis, with L. Vézina, *Droit municipal: Principes généraux et contentieux* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at para. 9.53). However, a contract referred to in any of the subparagraphs of s. 573 para. 1 *C.T.A.*, including a services contract (other than for services provided exclusively by certain listed professionals, professional services that are necessary for the purposes of a proceeding before a court or quasi-judicial tribunal, and professional services excluded pursuant to, among other provisions, s. 573.3 *C.T.A.*), may only be awarded after a call for tenders by written invitation, if it involves an expenditure of at least \$25,000 but less than \$100,000¹ (s. 573.1 *C.T.A.*; Héту and Duplessis, at paras. 9.59 and 9.63). In addition, a contract referred to in any of the subparagraphs of s. 573 para. 1 *C.T.A.*, including a services contract (subject to the above-mentioned exceptions), may be awarded only after a public call for tenders published by means of an electronic tendering system, if it involves an expenditure equal to or greater than \$100,000 (Héту and Duplessis, at paras. 9.57, 9.59 and 9.85).

[113] As our colleagues note (para. 39), the purpose of ss. 573 et seq. *C.T.A.* is to protect public funds and taxpayers' interests. These provisions set out imperative standards of public order. Absolute nullity therefore sanctions a contract entered into in violation of these rules, since they are necessary for the protection of the general interest (art. 1417 *C.C.Q.*; Baudouin and Jobin, at No. 372; Héту and Duplessis, at paras. 9.13 and 9.73; P. Giroux and D. Lemieux, *Contrats des organismes publics québécois* (loose-leaf), at para. 5-800; *Community Enterprises Ltd. v. Acton Vale (Ville)*, [1970] C.A. 747 (Que.); *Construction Hydrex inc. v. Havre St-Pierre (Corporation municipale de)*, [1980] C.S. 1038; *Jourdain v. Ville*

¹ Since Bill 155, *An Act to amend various legislative provisions concerning municipal affairs and the Société d'habitation du Québec*, S.Q. 2018, c. 8, was assented to on April 19, 2018, the \$100,000 threshold has been increased by ministerial regulation, and in 2018 it was set at \$101,100; see, in this regard, J. Héту and Y. Duplessis, at para. 9.53.

[112] En vertu de ces règles, tous les contrats de moins de 25 000 \$ peuvent être conclus de gré à gré (*Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale*, L.Q. 2001, c. 25, art. 34, 54 et 512; J. Héту et Y. Duplessis, avec la collaboration de L. Vézina, *Droit municipal : Principes généraux et contentieux* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, par. 9.53). Cependant, un contrat visé à l'un des paragraphes de l'art. 573 al. 1 *L.C.V.*, y compris un contrat de service (à l'exclusion des services offerts de façon exclusive par certains professionnels énumérés, des services professionnels nécessaires dans le cadre d'un recours devant un tribunal judiciaire ou quasi-judiciaire, et des services professionnels exclus notamment en vertu de l'art. 573.3 *L.C.V.*), ne peut être adjugé qu'après une demande de soumissions faite par voie d'invitation écrite, s'il comporte une dépense d'au moins 25 000 \$ mais inférieure à 100 000 \$¹ (art. 573.1 *L.C.V.*; Héту et Duplessis, par. 9.59 et 9.63). En outre, un contrat visé à l'un des paragraphes de l'art. 573 al. 1 *L.C.V.*, y compris un contrat de services (sous réserve des exceptions susmentionnées), ne peut être adjugé qu'après une demande de soumissions publiques publiée dans un système électronique d'appel d'offres, s'il comporte une dépense égale ou supérieure à 100 000 \$ (Héту et Duplessis, par. 9.57, 9.59 et 9.85).

[113] Comme le soulignent nos collègues (par. 39), les art. 573 et suiv. *L.C.V.* visent à protéger les fonds publics et l'intérêt des contribuables. Ces dispositions énoncent des normes impératives d'ordre public. La nullité absolue sanctionne donc le contrat conclu en violation de ces règles, puisqu'elles s'imposent pour la protection de l'intérêt général (art. 1417 *C.c.Q.*; Baudouin et Jobin, n^o 372; Héту et Duplessis, par. 9.13 et 9.73; P. Giroux et D. Lemieux, *Contrats des organismes publics québécois* (feuilles mobiles), par. 5-800; *Community Enterprises Ltd. c. Acton Vale (Ville)*, [1970] C.A. 747 (Qc); *Construction Hydrex inc. c. Havre St-Pierre (Corporation municipale de)*, [1980] C.S. 1038; *Jourdain c. Ville de Grand-Mère*,

¹ Depuis la sanction le 19 avril 2018 du projet de loi n^o 155 intitulé *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant le domaine municipal et la Société d'habitation du Québec*, L.Q. 2018, c. 8, le seuil de 100 000 \$ est maintenant augmenté par règlement du ministre et a été fixé en 2018 à 101 100 \$: voir, à ce sujet, J. Héту et Y. Duplessis, par. 9.53.

de Grand-Mère, [1983] J.Q. No. 360 (QL) (Sup. Ct.); *Boisvert v. Baie-du-Febvre (Municipalité de)*, [1992] J.Q. No. 2574 (QL) (Sup. Ct.).

[114] In the present case, the Superior Court (2015 QCCS 5456, 46 M.P.L.R. (5th) 309) expressed the view that a contract had been formed between Octane and the City for the services rendered by PGB but that the contract was null because it had been entered into in violation of the imperative standards of public order set out in ss. 573 et seq. *C.T.A.* concerning the awarding of municipal contracts (paras. 75, 136-38, 140 and 148). The Superior Court therefore ordered the restitution of prestations based on the annulment of a contract (paras. 148-65). The Court of Appeal considered itself bound by the finding that a contract had been formed and also endorsed the Superior Court's reasoning concerning the annulment of that contract and the resulting restitution of prestations (paras. 47-48). Of course, a services contract with a value of \$82,898.63 like the one which, according to the courts below, was formed between Octane and the City for the services rendered by PGB should have been awarded after a call for tenders by written invitation in accordance with s. 573.1 *C.T.A.* (Sup. Ct., at para. 138; C.A., at para. 47). If such a contract had in fact been formed, which, as we shall see, is not the case, it would have been absolutely null in addition to giving rise to the penalties provided for by the *C.T.A.* (s. 573.3.1.1.1 *C.T.A.*).

[115] Article 1422 *C.C.Q.*, which sets out the effect of nullity, expressly creates an obligation to make restitution. It makes specific reference to the rules on restitution of prestations codified at arts. 1699 to 1707 *C.C.Q.* Restitution of prestations is therefore the natural consequence of the annulment of a contract with retroactive effect (Lluelles and Moore, at No. 1224). Indeed, the French version of art. 1699 para. 1 *C.C.Q.* leaves no doubt in this regard: restitution takes place “*chaque fois*” (each time) a juridical act is annulled with retroactive effect. As D. Lluelles and B. Moore explain with respect to art. 1699 para. 1 *C.C.Q.*, at No. 1229: [TRANSLATION] “The imperative tone of this provision makes it clear that judges have no choice but to order restitution following annulment”, and “[t]he very fact that the

[1983] J.Q. n° 360 (QL) (C.S.); *Boisvert c. Baie-du-Febvre (Municipalité de)*, [1992] J.Q. n° 2574 (QL) (C.S.).

[114] En l'espèce, la Cour supérieure (2015 QCCS 5456, 46 M.P.L.R. (5th) 309), s'est dite d'avis qu'un contrat s'était formé entre Octane et la Ville à l'égard des services rendus par PGB, mais que celui-ci était nul parce qu'il avait été conclu en violation des normes impératives d'ordre public prévues aux art. 573 et suiv. *L.C.V.* portant sur l'adjudication des contrats municipaux (par. 75, 136-138, 140 et 148). La Cour supérieure a donc ordonné la restitution des prestations sur le fondement de l'annulation d'un contrat (par. 148-165). La Cour d'appel s'est estimée liée par la conclusion relative à la formation d'un contrat et a par ailleurs confirmé le raisonnement de la Cour supérieure sur l'annulation de ce contrat et la restitution des prestations en résultant (par. 47-48). Certes, un contrat de services d'une valeur de 82 898,63 \$ comme celui qui, selon les tribunaux inférieurs, se serait formé entre Octane et la Ville à l'égard des services rendus par PGB, aurait dû être adjugé après une demande de soumissions faite par voie d'invitation écrite, conformément à l'art. 573.1 *L.C.V.* (C.S., par. 138; C.A., par. 47). Un tel contrat, s'il s'était effectivement formé, ce qui, comme nous le verrons, n'est pas le cas, serait frappé de nullité absolue, en plus de donner ouverture aux sanctions prévues par la *L.C.V.* (art. 573.3.1.1.1 *L.C.V.*).

[115] L'article 1422 *C.c.Q.*, lequel prévoit les effets de la nullité, crée expressément une obligation de restitution. Il s'agit d'un renvoi explicite au régime de la restitution des prestations codifié aux art. 1699 à 1707 *C.c.Q.* La restitution des prestations est ainsi la conséquence naturelle de l'anéantissement rétroactif d'un contrat (Lluelles et Moore, n° 1224). L'article 1699 al. 1 *C.c.Q.* ne laisse d'ailleurs aucun doute à ce sujet : la restitution a lieu « chaque fois » qu'un acte juridique est rétroactivement anéanti. Comme l'expliquent D. Lluelles et B. Moore, au n° 1229, au sujet de l'art. 1699 al. 1 *C.c.Q.* : « Le ton impératif de ce texte montre bien que le juge n'a pas d'autre choix que de prononcer les restitutions au terme de l'annulation » et « [l]e fait même que le second alinéa de cette disposition accorde

second paragraph of this provision gives judges the exceptional power to refuse restitution — to avoid ‘an undue advantage’ — reinforces the mandatory nature of restitution”. Moreover, as our colleagues again note (para. 40), recent judgments of the Court of Appeal confirm that it is possible to order the restitution of prestations where a municipal contract is annulled: see, e.g., *Repentigny (Ville de) v. Les Habitations de la Rive-Nord inc.*, 2001 CanLII 10048 (Que. C.A.); *St-Pierre (Succession de)*; *Lacroix & Fils ltée v. Carleton-sur-Mer (Ville)*, 2014 QCCA 1345, 27 M.P.L.R. (5th) 10; see also Lluellas and Moore, at No. 1227 ([TRANSLATION] “[t]he necessary restitution of prestations applies not only to private law contracts, whether commutative or aleatory, but also to provincial or municipal administrative contracts, subject, in the latter case, to statutory provisions that are explicitly to the contrary”). Such case law is no doubt compatible with this Court’s decision in *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2004 SCC 75, [2004] 3 S.C.R. 575, which was a common law decision but which, in the civil law under the *C.C.Q.*, would have resulted in restitution of prestations based on the annulment of a municipal contract.

[116] However, the annulment of a contract presupposes the *existence* of the contract. As the Court of Appeal stated in *Québec (Ville) v. GM Développement inc.*, 2017 QCCA 385, 72 M.P.L.R. (5th) 203, at para. 32, [TRANSLATION] “the nullity or resolution of a non-existent contract cannot be shown”. In the present case, the City is in fact arguing that the issue is not the nullity of a municipal contract, but rather the non-existence of any “contract” between it and Octane (A.F., at para. 47).

(b) *The Annulment of a Contract Presupposes the Existence of the Contract*

[117] Like our colleagues (paras. 59, 61-62 and 65), we are of the view that the City’s alleged obligation to make restitution cannot originate in the annulment of a contract pursuant to art. 1422 *C.C.Q.*, because no contract was formed between Octane and the City. The “contract” on which Octane’s claim is based is quite simply non-existent, and there is therefore no “juridical act” that can be “annulled with

au magistrat le pouvoir exceptionnel de refuser la restitution — pour éviter “un avantage indu” — accentue le caractère obligatoire de la restitution ». De plus, ainsi que le soulignent encore nos collègues (par. 40), la jurisprudence récente de la Cour d’appel confirme la possibilité d’ordonner la restitution des prestations en cas d’annulation d’un contrat municipal : voir, notamment, *Repentigny (Ville de) c. Les Habitations de la Rive-Nord inc.*, 2001 CanLII 10048 (C.A. Qc); *St-Pierre (Succession de)*; *Lacroix & Fils ltée c. Carleton-sur-Mer (Ville)*, 2014 QCCA 1345, 27 M.P.L.R. (5th) 10; voir aussi Lluellas et Moore, n° 1227 (« [1]a nécessaire restitution des prestations s’applique non seulement aux contrats de droit privé, commutatifs ou aléatoires, mais aussi aux contrats administratifs, provinciaux ou municipaux, sous réserve dans ce dernier cas de dispositions législatives explicitement contraires »). Une telle jurisprudence est sans doute compatible avec l’arrêt de notre Cour dans *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2004 CSC 75, [2004] 3 R.C.S. 575, un arrêt issu de la common law, mais qui, en droit civil sous le régime du *C.c.Q.*, aurait donné lieu à la restitution des prestations sur le fondement de l’annulation d’un contrat municipal.

[116] Toutefois, l’annulation d’un contrat suppose l’*existence* de celui-ci. Comme l’a affirmé la Cour d’appel dans l’arrêt *Québec (Ville) c. GM Développement inc.*, 2017 QCCA 385, 72 M.P.L.R. (5th) 203, par. 32, « on ne peut démontrer la nullité ou la résolution d’un contrat inexistant ». En l’espèce, la Ville prétend précisément qu’il n’est pas question de nullité d’un contrat municipal; il serait plutôt question de l’inexistence de tout « contrat » entre Octane et la Ville (m.a., par. 47).

(b) *L’annulation d’un contrat suppose l’existence de celui-ci*

[117] À l’instar de nos collègues (par. 59, 61-62 et 65), nous sommes d’avis que la source de la prétendue obligation de restitution de la Ville ne peut pas être l’annulation d’un contrat en vertu de l’art. 1422 *C.c.Q.*, puisqu’aucun contrat ne s’est formé entre Octane et la Ville. Le « contrat » sur lequel s’appuie la réclamation d’Octane est tout simplement inexistant et il n’y a donc aucun « acte juridique » qui puisse être « anéanti de

retroactive effect” within the meaning of art. 1699 para. 1 *C.C.Q.* As our colleagues rightly note, at para. 62, “[l]ogically, a contract must exist before it can be annulled: if a contract did not become a legal reality, it cannot be deemed never to have existed, because it does not in fact exist”.

[118] We also agree with our colleagues’ conclusion (para. 62) that the distinction between a non-existent contract and a null contract is important, because where a contract is non-existent, there can be no restitution of prestations as a consequence of the annulment of an invalid contract (arts. 1422 and 1699 *C.C.Q.*). Rather, any obligation to make restitution must be justified on a different basis, such as receipt of a payment not due (arts. 1554, 1491, 1492 and 1699 *C.C.Q.*). Indeed, the non-existence of a contract, or debt, between the parties is precisely one of the conditions for bringing an action to recover a payment not due: see, in this regard, *Aliments Breton (Canada) inc. v. Oracle Corporation Canada inc.*, 2015 QCCA 336, at para. 14 (CanLII) ([TRANSLATION] “[r]eceipt of a payment not due suggests the absence of an obligation owed to the party bound to make restitution, whereas the resolution [or nullity] of an agreement connotes the existence of a contractual obligation”). As M. Cumyn states:

[TRANSLATION] **Consequences of non-existence in strict law.** The consequences of non-existence are very similar in factual terms to those of absolute nullity, but their legal basis is different. In the case of non-existence, unlike nullity, there is no response by the law against the material effects of the apparent act. Parties that have performed prestations in reliance on the appearance of a contract that turns out to be non-existent end up in exactly the same position as if they had acted spontaneously, without any contract. The rules associated with lack of title or the making of payments not due must therefore be applied to them. A party that thinks it sold its property under a non-existent contract can claim the property, because it never stopped being the owner thereof. A party paid in error must return the payment. [Emphasis added.]

(La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparée des nullités contractuelles (2002), at p. 174)

façon rétroactive » au sens de l’art. 1699 al. 1 *C.c.Q.* Comme l’affirment avec à-propos nos collègues au par. 62, « [l]’existence d’un contrat doit logiquement précéder son annulation : si un contrat n’a pas émergé à la vie juridique, il ne peut être réputé n’avoir jamais existé car il est, en fait, inexistant ».

[118] Nous partageons également la conclusion de nos collègues (par. 62) selon laquelle la distinction entre un contrat inexistant et un contrat nul est importante, parce qu’en cas d’inexistence d’un contrat, la restitution des prestations ne peut pas être la conséquence de l’annulation d’un contrat invalide (art. 1422 et 1699 *C.c.Q.*). Toute obligation de restitution devra plutôt se justifier sur la base d’un fondement différent, par exemple la réception de l’indu (art. 1554, 1491, 1492 et 1699 *C.c.Q.*). En effet, l’inexistence d’un contrat, ou d’une dette, entre les parties est précisément l’une des conditions d’ouverture d’une action en répétition de l’indu : voir à ce sujet *Aliments Breton (Canada) inc. c. Oracle Corporation Canada inc.*, 2015 QCCA 336, par. 14 (CanLII) (« [l]a réception de l’indu suggère l’absence d’une obligation à l’égard de la partie tenue à la restitution, alors que la résolution [ou la nullité] d’une entente comporte l’idée de l’existence d’une obligation contractuelle »). Comme l’affirme M. Cumyn :

Conséquences de l’inexistence selon le droit strict. Les conséquences de l’inexistence ressemblent beaucoup, dans les faits, à celles de la nullité absolue, mais leur fondement juridique est différent. L’inexistence ne donne pas lieu, comme la nullité, à une réaction du droit contre les effets matériels de l’acte apparent. Les parties qui ont exécuté des prestations en se fiant à l’apparence d’un contrat qui s’avère inexistant se retrouvent exactement dans la même situation que si elles avaient agi spontanément, sans aucun contrat. Il faut alors leur appliquer les règles qui découlent de l’absence de titre ou du paiement de l’indu. La partie qui pense avoir vendu son bien en vertu d’un contrat inexistant peut le revendiquer, parce qu’elle n’a jamais cessé d’en être propriétaire. La partie qui a été payée par erreur doit restituer le paiement. [Nous soulignons.]

(La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles (2002), p. 174)

[119] Contemporary authors have difficulty accepting the very concept of non-existence of a contract: see, e.g., Baudouin and Jobin, at No. 385; Lluelles and Moore, at Nos. 1103-4 and 1113. Indeed, Hogue J.A. of the Court of Appeal noted this in her concurring reasons (para. 72) when she stated that, in principle, there is no longer any reason under the *C.C.Q.* to distinguish between acts that are null and acts that are annulable. Most authors under the *Civil Code of Lower Canada* drew a distinction between acts that were “void” (or null) and acts that were “voidable” (or annulable). An act was “void” where it contravened an imperative standard of public order (such an act would now be referred to as “absolutely null”) or where there was a complete absence of consent (which had to do with the “non-existence” of the contract itself). However, an act was simply “voidable” where an important, but non-essential, condition of formation of a contract was not met (a defect of consent, for example) (on this point, see Lluelles and Moore, at Nos. 1101 and 1102). Nevertheless, it can be seen that certain other authors affirm the importance of the concept of non-existence: see, e.g., Cumyn; S. Gaudet, “Inexistence, nullité et annulabilité du contrat: essai de synthèse” (1995), 40 *McGill L.J.* 291; X. Barré, “Nullité et inexistence ou les bégaiements de la technique juridique en France” (1992), 26 *R.J.T.* 20; P.-G. Jobin, “L’inexistence dans le droit commun des contrats” (1974), 15 *C. de D.* 173. As M. Cumyn explains, at p. 37: [TRANSLATION] “Many contemporary authors recognize that non-existence cannot be dispensed with entirely, because it is conceptually necessary to distinguish a situation where no contract has been formed from a situation where a contract has been formed but is not valid”.

[120] In civil law, the existence of a contract is conditional on the manifestation of a will to be bound by contract. A contract is defined as “an agreement of wills” (art. 1378 para. 1 *C.C.Q.*) and is formed “by the sole exchange of consents” (art. 1385 para. 1 *C.C.Q.*), and this exchange of consents is accomplished “by the express or tacit manifestation of the will of a person to accept an offer to contract made to him by another person” (art. 1386 *C.C.Q.*). In the absence of such [TRANSLATION] “facts giving rise” to a contract, “then no act exists at all” (Gaudet, at pp. 336-37).

[119] La doctrine contemporaine admet difficilement la notion même d’inexistence d’un contrat : voir, p. ex., Baudouin et Jobin, n° 385; Lluelles et Moore, nos 1103-1104 et 1113. La juge Hogue en Cour d’appel l’a d’ailleurs souligné dans ses motifs concordants (par. 72), en affirmant qu’il n’y avait en principe plus lieu sous le *C.c.Q.* de distinguer entre les actes nuls et les actes annulables. La plupart des auteurs sous le régime du *Code civil du Bas-Canada* faisaient la distinction entre l’« acte nul » et l’« acte annulable ». L’acte était « nul » quand il violait une norme impérative d’ordre public (ce que l’on appellerait aujourd’hui un acte nul de « nullité absolue ») ou encore quand il y avait absence totale de consentement (ce qui concernait l’« inexistence » même du contrat). L’acte était toutefois simplement « annulable » quand il y avait absence d’une condition importante, mais non essentielle, de formation du contrat (un vice de consentement par exemple) (voir à ce sujet Lluelles et Moore, nos 1101-1102). On constate néanmoins que certains autres auteurs maintiennent l’importance de la notion d’inexistence : voir, p. ex., Cumyn; S. Gaudet, « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse » (1995), 40 *R.D. McGill* 291; X. Barré, « Nullité et inexistence ou les bégaiements de la technique juridique en France » (1992), 26 *R.J.T.* 20; P.-G. Jobin, « L’inexistence dans le droit commun des contrats » (1974), 15 *C. de D.* 173. Comme l’explique M. Cumyn, à la p. 37 : « Plusieurs auteurs contemporains reconnaissent qu’on ne peut se passer entièrement de l’inexistence parce qu’il est conceptuellement nécessaire de distinguer la situation où aucun contrat ne s’est formé de celle où un contrat s’est formé, quoique non valide ».

[120] En droit civil, l’existence d’un contrat est conditionnelle à la manifestation d’une volonté d’être lié contractuellement. Le contrat est défini comme « un accord de volonté » (art. 1378 al. 1 *C.c.Q.*), il se forme « par le seul échange de consentement » (art. 1385 al. 1 *C.c.Q.*), et cet échange de consentement se réalise « par la manifestation, expresse ou tacite, de la volonté d’une personne d’accepter l’offre de contracter que lui fait une autre personne » (art. 1386 *C.c.Q.*). En l’absence de ces « faits générateurs » du contrat, « il y a alors absence totale

Indeed, a contract's non-existence results from the absence of the formal conditions for its existence, namely offer and acceptance (Cumyn, at pp. 150 and 155). Where, objectively speaking, the manifestation of a will to be bound by contract is absent, that is, where there is no offer to contract or where such an offer is refused or not accepted, [TRANSLATION] "there is no contract" (Cumyn, at p. 155).

[121] As our colleagues note (para. 53), by-laws and resolutions are the legal vehicles by which a municipality, through its decision-making body, the municipal council, expresses its will (*Air Canada v. City of Dorval*, [1985] 1 S.C.R. 861, at p. 866; *Silver's Garage Ltd. v. Town of Bridgewater*, [1971] S.C.R. 577, at p. 586; *Poulin De Courval v. Poliquin*, 2018 QCCA 1534, at para. 18 (CanLII); *Habitations Germa inc. v. Ville de Rosemère*, 2017 QCCA 1294, at para. 6 (CanLII); *Amar v. Dollard-des-Ormeaux (Ville)*, 2014 QCCA 76, 18 M.P.L.R. (5th) 277, at para. 8; *Belœil (Ville de) v. Gestion Gabriel Borduas inc.*, 2014 QCCA 238; *9129-6111 Québec inc. v. Longueuil (Ville)*, 2010 QCCA 2265, 21 Admin. L.R. (5th) 320, at para. 18; *Lévesque v. Carignan (Corp. de la ville de)*, [1998] AZ-98026278 (Que. Sup. Ct.); Héту and Duplessis, at paras. 9.31, 9.33-9.34 and 9.38). In other words, it is through by-laws or resolutions of members of its council in session that a municipality has the general power to bind itself by contract (ss. 47 and 350 *C.T.A.*; *Ville de Saguenay v. Construction Unibec inc.*, 2019 QCCA 38, at para. 35 (CanLII)). As the Court of Appeal put it in *Unibec* (para. 35):

[TRANSLATION] . . . a local municipality cannot be bound financially to a third party unless a resolution or by-law so provides. This is a measure enacted in the interest of local municipalities, and therefore of the public, to promote the sound administration of public funds and transparency in decision making and to prevent collusion and corruption. [Emphasis added; footnotes omitted.]

[122] Certain other bodies, such as an executive committee, may also be established to facilitate the effective management of a municipality (ss. 70.1 et seq. *C.T.A.*), and a municipal charter may thus

d'acte » (Gaudet, p. 336-337). En effet, l'inexistence d'un contrat découle de l'absence des conditions formelles d'existence d'un contrat que sont l'offre et l'acceptation (Cumyn, p. 150 et 155). Lorsqu'il y a absence objective de toute manifestation d'une volonté d'être lié contractuellement, c'est-à-dire lorsqu'il y a absence d'une offre de contracter ou encore refus d'une telle offre ou absence d'acceptation, « il n'y a pas de contrat » (Cumyn, p. 155).

[121] Comme le soulignent nos collègues (par. 53), le règlement et la résolution sont les véhicules juridiques par lesquels une municipalité, par l'entremise de son organe décisionnel qu'est le conseil municipal, manifeste sa volonté (*Air Canada c. Cité de Dorval*, [1985] 1 R.C.S. 861, p. 866; *Silver's Garage Ltd. c. Town of Bridgewater*, [1971] R.C.S. 577, p. 586; *Poulin De Courval c. Poliquin*, 2018 QCCA 1534, par. 18 (CanLII); *Habitations Germa inc. c. Ville de Rosemère*, 2017 QCCA 1294, par. 6 (CanLII); *Amar c. Dollard-des-Ormeaux (Ville)*, 2014 QCCA 76, 18 M.P.L.R. (5th) 277, par. 8; *Belœil (Ville de) c. Gestion Gabriel Borduas inc.*, 2014 QCCA 238; *9129-6111 Québec inc. c. Longueuil (Ville)*, 2010 QCCA 2265, 21 Admin. L.R. (5th) 320, par. 18; *Lévesque c. Carignan (Corp. de la ville de)*, [1998] AZ-98026278 (C.S. Qc); Héту et Duplessis, par. 9.31, 9.33-9.34 et 9.38). En d'autres termes, c'est par règlement ou résolution des membres de son conseil en séance qu'une municipalité a le pouvoir général de s'engager contractuellement (art. 47 et 350 *L.C.V.*; *Ville de Saguenay c. Construction Unibec inc.*, 2019 QCCA 38, par. 35 (CanLII)). Pour reprendre les propos de la Cour d'appel dans *Unibec* (par. 35) :

. . . une municipalité locale ne peut être liée financièrement face à un tiers que si une résolution ou un règlement le prévoit. Il s'agit d'une mesure édictée dans l'intérêt des municipalités locales, donc des citoyens, pour favoriser une saine administration des fonds publics ainsi que la transparence des décisions et pour éviter la collusion et la corruption. [Nous soulignons; notes en bas de page omises.]

[122] Certaines autres instances, comme un comité exécutif, peuvent également être mises sur pied afin de faciliter la gestion efficace d'une municipalité (art. 70.1 et suiv. *L.C.V.*), et une charte municipale

give an executive committee the power to enter into contracts on behalf of the municipality (Héту and Duplessis, at paras. 9.31 and 9.39). A municipality may also, through a by-law passed by its council, delegate to an officer the power to incur obligations on its behalf (s. 477.2 C.T.A.; Héту and Duplessis, at para. 9.39). [TRANSLATION] “An officer may exercise the power delegated by the council only if there are funds available for the proposed expenditure” (Héту and Duplessis, at para. 9.39; see also *Construction Irebec inc. v. Montréal (Ville de)*, 2015 QCCS 4303, at para. 89 (CanLII)).

[123] In the case at bar, a by-law granting such a delegation of powers to certain officers was in force at the relevant time (*By-law concerning the delegation of powers to officers and employees*, By-law 02-004, June 26, 2002 (“*Delegation By-law*”). However, since only one “professional services” firm was solicited, no officer of the City had a delegation of powers authorizing him or her to enter into a contract with a value exceeding \$25,000 (art. 22 of the *Delegation By-law*; testimony of Gilles Robillard, A.R., vol. XIII, at pp. 96-97). As a result, no duly authorized officer could have incurred an obligation in the amount of \$82,898.63 on the City’s behalf. The City’s executive committee could certainly have expressed the will to do so on the City’s behalf, given that the committee has the power to grant “any contract involving an expenditure that does not exceed \$100,000” (s. 33 para. 2 of the *Charter of Ville de Montréal, metropolis of Québec*, CQLR, c. C-11.4), but it is not alleged here that the executive committee exercised such a power on the City’s behalf. It is also not disputed that no by-law or resolution of the City’s municipal council exists in which the City expressed its will to be bound by contract to Octane for the services rendered by PGB (our colleagues’ reasons, at para. 56; A.F., at para. 79).

[124] The Superior Court nonetheless found that Mr. Thériault had given Octane a mandate and had assured it that it would be paid (para. 135). However, Mr. Thériault was not invested with any delegation of powers authorizing him to make contracts on the

peut ainsi confier à un comité exécutif le pouvoir de contracter au nom de la municipalité (Héту et Duplessis, par. 9.31 et 9.39). Une municipalité peut aussi, par règlement de son conseil, déléguer à un fonctionnaire le pouvoir de contracter des obligations en son nom (art. 477.2 L.C.V.; Héту et Duplessis, par. 9.39). « Un fonctionnaire ne peut utiliser son pouvoir délégué par le conseil que s’il y a des fonds disponibles pour la dépense projetée » (Héту et Duplessis, par. 9.39; voir aussi *Construction Irebec inc. c. Montréal (Ville de)*, 2015 QCCS 4303, par. 89 (CanLII)).

[123] En l’espèce, un règlement accordant à certains fonctionnaires une telle délégation de pouvoirs était en vigueur au moment des faits (*Règlement intérieur du comité exécutif sur la délégation de pouvoirs aux fonctionnaires et employés*, Règl. 02-004, 26 juin 2002 (« *Règlement de délégation* »)). Cependant, comme une seule entreprise de « services professionnels » avait été sollicitée, aucun fonctionnaire de la Ville ne jouissait d’une délégation de pouvoirs l’autorisant à conclure un contrat d’une valeur excédant 25 000 \$ (art. 22 du *Règlement de délégation*; témoignage de Gilles Robillard, d.a., vol. XIII, p. 96-97). Ainsi, aucun fonctionnaire dûment autorisé n’a pu contracter une obligation de 82 898,63 \$ au nom de la Ville. Le comité exécutif de la Ville aurait certes pu manifester une telle volonté au nom de la Ville, étant donné que celui-ci a le pouvoir de consentir « tout contrat qui n’entraîne pas une dépense excédant 100 000 \$ » (art. 33 al. 2 de la *Charte de la Ville de Montréal, métropole du Québec*, RLRQ, c. C-11.4), mais il n’est pas allégué ici qu’un tel pouvoir aurait été exercé par le comité exécutif au nom de la Ville. Il n’est pas non plus contesté qu’il n’existe aucun règlement ni aucune résolution du conseil municipal de la Ville par lesquels cette dernière aurait manifesté sa volonté d’être liée contractuellement à Octane à l’égard des services rendus par PGB (motifs de nos collègues, par. 56; m.a., par. 79).

[124] La Cour supérieure a néanmoins conclu que M. Thériault avait donné mandat à Octane et qu’il lui avait donné l’assurance qu’elle serait payée (par. 135). Or, M. Thériault ne jouissait d’aucune délégation de pouvoirs l’autorisant à contracter au nom

City's behalf, since he was a member of the political staff of the mayor's office, not a municipal officer or employee (Sup. Ct. reasons, at paras. 62-66; ss. 114.7 and 477.2 *C.T.A.*).

[125] Like our colleagues (para. 55), we must also insist on the fact that the doctrine of apparent mandate codified at art. 2163 *C.C.Q.* does not apply in the municipal context (*Verreault (J.E.) & Fils Ltée v. Attorney General of Quebec*, [1977] 1 S.C.R. 41, at p. 47; *GM Développement inc.*, at para. 21; *Gestion Gabriel Borduas inc.*, at para. 69 (CanLII); *Cité de St-Laurent v. Boudrias*, [1974] C.A. 473 (Que.), at p. 475; Héту and Duplessis, at para. 9.36; P. Garant, *Précis de droit des administrations publiques* (6th ed. 2018), at p. 160).

[126] On this point, it is useful to recall that legal persons established in the public interest, such as municipalities, are primarily governed by the special Acts by which they are constituted and that the *C.C.Q.* is therefore merely suppletive in nature in this area (art. 300 *C.C.Q.*). Article 1376 *C.C.Q.* provides in this regard that the rules set forth in the Book on Obligations — including art. 2163 *C.C.Q.* and the doctrine of apparent mandate it codifies — “apply to the State and its bodies, and to all other legal persons established in the public interest, subject to any other rules of law which may be applicable to them”. This Court has found, for example, that “general principles” or “rules of public law” may either prevent the general rules of civil liability from applying or substantially alter how they are applied: *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621, at para. 22; *Finney v. Barreau du Québec*, 2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17, at para. 27; *Prud'homme v. Prud'homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663, at para. 31; *Canadian Food Inspection Agency v. Professional Institute of the Public Service of Canada*, 2010 SCC 66, [2010] 3 S.C.R. 657, at para. 26.

[127] In our view, the non-application of the doctrine of apparent mandate in the municipal context is a “general principle” or “rule of public law” that prevails over the civil law rules. It is a control measure enacted in the interest of the public to ensure

de la Ville, parce qu'il était un membre du personnel politique du cabinet du maire, et non un fonctionnaire ou un employé municipal (motifs de la C.S., par. 62-66; art. 114.7 et 477.2 *L.C.V.*).

[125] Comme nos collègues (par. 55), il nous faut aussi insister sur le fait que la théorie du mandat apparent codifiée à l'art. 2163 *C.c.Q.* ne s'applique pas en matière municipale (*Verreault (J.E.) & Fils Ltée c. Procureur général du Québec*, [1977] 1 R.C.S. 41, p. 47; *GM Développement inc.*, par. 21; *Gestion Gabriel Borduas inc.*, par. 69 (CanLII); *Cité de St-Laurent c. Boudrias*, [1974] C.A. 473 (Qc), p. 475; Héту et Duplessis, par. 9.36; P. Garant, *Précis de droit des administrations publiques* (6^e éd. 2018), p. 160).

[126] Sur ce point, il est utile de rappeler que les personnes morales de droit public, telles les municipalités, sont d'abord régies par les lois particulières qui les constituent, et que le *C.c.Q.* n'a donc qu'un caractère supplétif en ce domaine (art. 300 *C.c.Q.*). L'article 1376 *C.c.Q.* prévoit à cet égard que les règles du livre Des obligations — dont fait partie l'art. 2163 *C.c.Q.* et la théorie du mandat apparent qu'il codifie — « s'appliquent à l'État, ainsi qu'à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables ». Notre Cour a par exemple reconnu que des « principes généraux » ou des « règles de droit public » peuvent faire obstacle à l'application du régime général de responsabilité civile ou en modifier substantiellement les règles de fonctionnement : *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621, par. 22; *Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17, par. 27; *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 31; *Agence canadienne d'inspection des aliments c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada*, 2010 CSC 66, [2010] 3 R.C.S. 657, par. 26.

[127] À notre avis, la non-application de la théorie du mandat apparent en matière municipale est un « principe général » ou une « règle de droit public » primant les règles du droit civil. Il s'agit d'une mesure de contrôle édictée dans l'intérêt des citoyens

sound administration and transparency (*Immeubles Beaurom ltée v. Montréal (Ville de)*, 2007 QCCA 41, [2007] R.D.I. 26, at paras. 23 and 30). As our colleagues note (para. 55), in order to safeguard and protect the collective interests of taxpayers, it is necessary to prevent “anyone from being able to squander public funds in a municipality’s name”.

[128] This rule therefore seems to us to be entirely justified. A mandate to enter into contracts on a municipality’s behalf cannot exist in the absence of a valid delegation of powers through a by-law of the municipal council, in accordance with s. 477.2 *C.T.A.* The municipality must make such a delegation by-law accessible by publishing it on the Internet (s. 573.3.1.2 *C.T.A.*; Héту and Duplessis, at para. 9.39). There can therefore be no reasonable grounds to believe in the existence of a non-existent mandate; ignorance of the law is no excuse in this context. “[I]n light of the old adage ‘ignorance of the law is no excuse’, everyone is taken to know the scope of the powers of a public agent” (R. Dussault and L. Borgeat, *Administrative Law: A Treatise* (2nd ed. 1985), vol. 1, at p. 501). As the Court of Appeal stated in *Boudrias*, [TRANSLATION] “[a]n administrative contract is subject to mandatory formalities intended to protect the public purse”, and a person wishing to enter into a contract with a municipality “cannot evade administrative law requirements by relying on their good faith, their ignorance of the law, the doctrine of apparent mandate or the doctrine of tacit mandate” (p. 475).

[129] Moreover, and most importantly, it is very firmly established that persons wishing to enter into a contract with a municipality “must at their peril ascertain that the statutory body which assumes to delegate important functions involving the exercise of discretion to committees or persons has in fact the power so to delegate and that the particular person dealt with is acting pursuant to due authority so lawfully delegated” (*Silver’s Garage Ltd.*, at p. 593; see also *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2000 SCC 64, [2000] 2 S.C.R. 919, at para. 68; *St-Pierre (Succession de)*, at para. 35; *Beaurom*, at para. 30; *Beaudry v. Cité de Beauharnois*, [1962] B.R. 738, at pp. 743-44 ([TRANSLATION]

à des fins de saine administration et de transparence (*Immeubles Beaurom ltée c. Montréal (Ville de)*, 2007 QCCA 41, [2007] R.D.I. 26, par. 23 et 30). En effet, pour préserver et protéger l’intérêt collectif des contribuables, il faut, comme le soulignent nos collègues (par. 55), éviter « que n’importe qui ne puisse dilapider des fonds publics au nom d’une municipalité ».

[128] Cette règle nous paraît donc être pleinement justifiée. Un mandat de contracter au nom d’une municipalité ne saurait exister en l’absence d’une délégation de pouvoirs valide faite par règlement du conseil municipal conformément à l’art. 477.2 *L.C.V.* La municipalité doit rendre un tel règlement de délégation accessible en le publiant sur Internet (art. 573.3.1.2 *L.C.V.*; Héту et Duplessis, par. 9.39). En conséquence, il ne saurait y avoir de motifs raisonnables de croire en l’existence d’un mandat inexistant; l’ignorance de la loi n’est pas une excuse dans ce contexte. « [I]l découle du vieil adage “Nul n’est censé ignorer la loi” que chacun est tenu de connaître l’étendue des pouvoirs de l’agent public » (R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif* (2^e éd. 1984), t. I, p. 642-643)). Comme l’a affirmé la Cour d’appel dans *Boudrias*, « [l]e contrat administratif est soumis à des formalités impératives destinées à protéger le trésor public », et une personne qui souhaite contracter avec une municipalité « ne peut éluder les exigences du droit administratif en invoquant sa bonne foi, son ignorance de la loi, la théorie du mandat apparent ou celle du mandat tacite » (p. 475).

[129] En outre, et surtout, il est très fermement établi qu’une personne qui souhaite contracter avec une municipalité « doit à ses propres risques s’assurer que l’organisme légal qui prend sur lui de déléguer à des comités ou à des personnes d’importantes fonctions comportant l’exercice de discrétion, a effectivement la faculté de déléguer ainsi des fonctions, et que la personne avec qui il traite est nantie de l’autorité requise licitement déléguée de la sorte » (*Silver’s Garage Ltd.*, p. 593; voir aussi *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2000 CSC 64, [2000] 2 R.C.S. 919, par. 68; *St-Pierre (Succession de)*, par. 35; *Beaurom*, par. 30; *Beaudry c. Cité de Beauharnois*, [1962] B.R. 738, p. 743-744 (« il a toujours

“it has always been recognized by authors and the courts that those who contract with a municipality must ensure not only that the municipality is acting within its powers but also that all legal requirements have been met; otherwise, the municipality is not bound to them”); Héту and Duplessis, at para. 9.34 ([TRANSLATION] “it is [up to] those dealing with a municipality to ensure that both the municipality and its employees are acting within their powers and that all legal requirements for entering into the contract have been met, [and] [t]hose who contract with a municipality must ensure that the person with whom they are dealing is authorized to act on the municipality’s behalf”). As Héту and Duplessis indicate, this [TRANSLATION] “requirement [is] strict, but it serves the general public interest and it is the price to be paid for dealing with a municipality” (para. 9.2).

[130] In short, the “contract” on which Octane’s claim is based is quite simply non-existent. No municipal contract can come into existence in the absence of any manifestation whatsoever of a municipality’s will to be bound by contract. Logically, therefore, the restitution of prestations cannot in the instant case be the consequence of the annulment of a contract. The City’s obligation to make restitution must instead be justified on a different basis. According to our colleagues, the mechanism of receipt of a payment not due provides a basis for the restitution of prestations in this case. We are in complete but respectful disagreement with them on this point.

(3) Restitution of Prestations as a Consequence of Receipt of a Payment Not Due (Articles 1554, 1491 and 1492 C.C.Q.)

[131] The mechanism of receipt of a payment not due is [TRANSLATION] “infused with the principle that no one should enrich themselves unjustly at the expense of another” (Pineau, Burman and Gaudet, at p. 491 (emphasis added)). This mechanism is one of those [TRANSLATION] “concrete cases for which courts, under the influence of the academic literature, have transposed the rules to similar, related scenarios, known as unjust enrichment (in French, “*enrichissement sans*

été reconnu par la doctrine et la jurisprudence que ceux qui contractent avec une municipalité doivent s’assurer que non seulement celle-ci agit dans les limites de ses pouvoirs, mais aussi que toutes les conditions requises par la loi ont été observées; autrement la municipalité n’est pas liée envers eux »); Héту et Duplessis, par. 9.34 (« ce sont [à] ceux qui transigent avec une municipalité de s’assurer que tant cette dernière que ses préposés agissent dans les limites de leurs pouvoirs et que toutes les conditions requises par la loi pour la conclusion du contrat ont été observées [et] [c]elui qui contracte avec une municipalité doit s’assurer que la personne avec laquelle il transige est autorisée à agir au nom de la municipalité »)). Comme l’enseignent les auteurs Héту et Duplessis, il s’agit d’une « exigence [. . .] rigoureuse, mais elle sert l’intérêt public général et il s’agit du prix à payer pour transiger avec une municipalité » (par. 9.2).

[130] En somme, le « contrat » sur lequel Octane fonde sa réclamation est tout simplement inexistant. Aucun contrat municipal ne peut prendre naissance en l’absence totale d’une manifestation de la volonté d’une municipalité d’être liée contractuellement. En toute logique, la restitution des prestations ne peut donc en l’espèce être la conséquence de l’annulation d’un contrat. L’obligation de restitution de la Ville doit plutôt se justifier sur la base d’un fondement différent. Selon nos collègues, le mécanisme de la réception de l’indu permet en l’espèce de fonder la restitution des prestations. Nous sommes en complet mais respectueux désaccord avec eux sur ce point.

(3) La restitution des prestations comme conséquence de la réception de l’indu (art. 1554, 1491 et 1492 C.c.Q.)

[131] Le mécanisme de la réception de l’indu est « imprégn[é] du principe qui veut que nul ne doit s’enrichir de façon injustifiée aux dépens d’autrui » (Pineau, Burman et Gaudet, p. 491 (nous soulignons)). Ce mécanisme constitue l’un de ces « cas concrets, dont la jurisprudence, sous l’influence de la doctrine, a transposé les règles pour les appliquer à des hypothèses voisines analogues, connues sous le nom d’enrichissement sans cause,

cause”, which became “*enrichissement injustifié*”, 1493 C.C.Q.” (Tancelin, at p. 370).

[132] But just as they rejected the application of the doctrine of apparent mandate in this area, courts have traditionally rejected the application of the *principe* of unjust enrichment in the municipal context (*Lalonde v. City of Montreal North*, [1978] 1 S.C.R. 672, at p. 695; *Olivier v. Corporation du Village de Wottonville*, [1943] S.C.R. 118, at pp. 124-25; *Cité de St-Romuald d’Etchemin v. S.A.F. Construction inc.*, [1974] C.A. 411 (Que.), at p. 415; *Corporation municipale de Havre St-Pierre v. Brochu*, [1973] C.A. 832 (Que.); *Cité de Montréal v. Teodori*, [1970] C.A. 401 (Que.); *Beaudry; Bourque v. Cité de Hull* (1920), 30 B.R. 221, at p. 229).

[133] The non-application of the principle of unjust enrichment in the municipal context that was established under the *Civil Code of Lower Canada* continues under the *Civil Code of Québec*, contrary to what the Court of Appeal suggested (para. 40). In fact, the Court of Appeal itself reaffirmed this rule in a recent decision: [TRANSLATION] “In general, courts dismiss claims based on a contract or on the principle of unjust enrichment when all of the formalities required by the [*Charter*] (valid resolution or by-law, finance certificate) have not been observed” (*Beurom*, at para. 25 (emphasis added)). The rule is also widely discussed by contemporary authors in their treatises:

[TRANSLATION] . . . case law has established the rule that persons who contract with the government must ensure not only that the government is acting within its powers but also that each and every legal requirement has been met. If this is not done . . . it is generally impossible for the other contracting party to rely on, for example, the doctrine of apparent mandate or of unjust enrichment in order to be compensated by the government. [Footnotes omitted.]

(Baudouin and Jobin, at No. 60; see also P. Garant, *Droit administratif* (7th ed. 2017), at pp. 363-81; Héту et Duplessis, at paras. 9.164-9.166.)

[134] The rationale for the rule is simple. As Héту and Duplessis state, at para. 9.165, [TRANSLATION]

devenu l’enrichissem[ent] injustifié, 1493 C.c.Q. » (Tancelin, p. 370).

[132] Or, tout comme ils ont rejeté l’application de la théorie du mandat apparent en ce domaine, les tribunaux ont traditionnellement rejeté l’application du *principe* de l’enrichissement injustifié en matière municipale (*Lalonde c. Cité de Montréal-Nord*, [1978] 1 R.C.S. 672, p. 695; *Olivier c. Corporation du Village de Wottonville*, [1943] R.C.S. 118, p. 124-125; *Cité de St-Romuald d’Etchemin c. S.A.F. Construction inc.*, [1974] C.A. 411 (Qc), p. 415; *Corporation municipale de Havre St-Pierre c. Brochu*, [1973] C.A. 832 (Qc); *Cité de Montréal c. Teodori*, [1970] C.A. 401 (Qc); *Beaudry; Bourque c. Cité de Hull* (1920), 30 B.R. 221, p. 229).

[133] La non-application du principe de l’enrichissement injustifié en matière municipale établie sous le régime du *Code civil du Bas-Canada* se maintient sous celui du *Code civil du Québec*, contrairement à ce qu’affirme la Cour d’appel (par. 40). En fait, la Cour d’appel a elle-même réaffirmé cette règle dans un arrêt récent : « En général, les cours rejettent les réclamations fondées sur un contrat ou sur le principe de l’enrichissement injustifié, lorsque toutes les formalités exigées par la [*Charte*] (résolution ou règlement valide; certificat des finances) n’ont pas été remplies » (*Beurom*, par. 25 (nous soulignons)). Les auteurs contemporains en font par ailleurs largement état dans leurs traités :

. . . la jurisprudence a établi la règle que celui qui contracte avec l’Administration doit s’assurer non seulement que celle-ci agit dans les limites de ses pouvoirs, mais aussi que toutes et chacune des conditions requises par la loi ont été observées. À défaut, [. . .] il est généralement impossible au cocontractant d’invoquer, par exemple, la doctrine du mandat apparent ou celle de l’enrichissement injustifié pour se faire indemniser par l’Administration. [Notes en bas de page omises.]

(Baudouin et Jobin, n° 60; voir aussi P. Garant, *Droit administratif* (7^e éd. 2017), p. 363-381; Héту et Duplessis, par. 9.164-9.166.)

[134] La raison d’être de la règle est simple. Comme l’enseignent les auteurs Héту et Duplessis,

“[c]ourts have . . . refused to apply the doctrine of unjust enrichment because the rules concerning municipal contracts are of public order and because they did not want parties to do indirectly what the law prohibits them from doing”. Moreover, while recent jurisprudence of the Court of Appeal confirms that it is possible to order the restitution of prestations where a municipal contract is annulled (see para. 115 of our reasons), it is silent on whether it is possible to order the restitution of prestations in favour of a private party on the basis of receipt of a payment not due where that party claims to have provided services to a municipality in reliance on a contract it believes it entered into but that turns out not to exist at all. In our view, the application of the principle of unjust enrichment in the municipal context must be excluded. We will now consider receipt of a payment not due.

[135] In civil law, the three conditions for bringing an action to recover a payment not due are: (1) the existence of a payment made by the payer (also known as the *solvens*) to the payee (also known as the *accipiens*), (2) the absence of a debt between the parties, and (3) an error by the payer² (arts. 1554 para. 1 and 1491 para. 1 *C.C.Q.*; Baudouin and Jobin, at Nos. 530-31; Lluellas and Moore, at No. 1367.1; Pineau, Burman and Gaudet, at p. 468; *Threlfall v. Carleton University*, 2019 SCC 50, [2019] 3 S.C.R. 726, at paras. 78 and 217). These three conditions must be interpreted [TRANSLATION] “cautiously, if not restrictively” (Baudouin and Jobin, at No. 513) and, where they are met, art. 1491 para. 1 *C.C.Q.* expressly creates an obligation to make restitution, subject to the exception set out in art. 1491 para. 2 *C.C.Q.* Article 1492 *C.C.Q.* then requires “[r]estitution of payments not due” to be made according to the rules for the restitution of prestations codified at arts. 1699 to 1707 *C.C.Q.*

[136] In principle, the payer bears the burden of establishing that the conditions for bringing an action

² Any alteration of the payer’s will is treated like error. Also, art. 1491 *C.C.Q.* provides that a payer who, knowing that he or she owes nothing, pays merely to avoid injury while protesting that he or she owes nothing may bring an action to recover a payment not due.

au par. 9.165, « [l]es tribunaux ont [. . .] refusé d’appliquer la théorie de l’enrichissement sans cause parce que les règles relatives aux contrats municipaux sont d’ordre public et qu’ils ne voulaient pas que les parties fassent indirectement ce que la loi leur interdit de faire ». De plus, si la jurisprudence récente de la Cour d’appel confirme la possibilité d’ordonner la restitution des prestations en cas d’annulation d’un contrat municipal (voir par. 115 de nos motifs), elle est toutefois silencieuse sur la possibilité d’ordonner la restitution des prestations en faveur d’une partie privée sur le fondement de la réception de l’indu lorsque cette partie prétend avoir fourni des services à une municipalité sur la foi d’un contrat qu’elle croit avoir conclu, mais qui s’avère carrément inexistant. À notre sens, l’application du principe d’enrichissement injustifié en matière municipale doit être écartée. Nous examinerons maintenant le cas de la réception de l’indu.

[135] En droit civil, les trois conditions d’ouverture d’une action en répétition de l’indu sont : (1) l’existence d’un paiement fait par le payeur (aussi appelé *solvens*) au payé (aussi appelé *accipiens*), (2) l’inexistence d’une dette entre les parties et (3) l’erreur du payeur² (art. 1554 al. 1 et 1491 al. 1 *C.c.Q.*; Baudouin et Jobin, nos 530-531; Lluellas et Moore, n° 1367.1; Pineau, Burman et Gaudet, p. 468; *Threlfall c. Carleton University*, 2019 CSC 50, [2019] 3 R.C.S. 726, par. 78 et 217). Ces trois conditions doivent être interprétées « avec prudence, sinon restrictivement » (Baudouin et Jobin, n° 513), et, lorsqu’elles sont remplies, l’art. 1491 al. 1 *C.c.Q.* crée expressément une obligation de restitution sous réserve de l’exception prévue à l’art. 1491 al. 2 *C.c.Q.* L’article 1492 *C.c.Q.* prévoit alors que « [l]a restitution de ce qui a été payé indûment » se fait suivant le régime de la restitution des prestations codifié aux art. 1699 à 1707 *C.c.Q.*

[136] Le fardeau de démontrer l’existence des conditions d’ouverture d’une action en répétition de

² Toute altération de la volonté du payeur est assimilée à une erreur. Aussi l’art. 1491 *C.c.Q.* précise-t-il que le payeur qui, sachant qu’il ne doit rien, paie simplement pour éviter un préjudice, en protestant qu’il ne doit rien, peut exercer l’action en répétition de l’indu.

to recover a payment not due are met (art. 2803 para. 1 *C.C.Q.*; Baudouin and Jobin, at No. 532; Lluelles and Moore, at No. 1382). The payer must first prove the existence of a payment and the absence of a debt (Lluelles and Moore, at No. 1382). An error by the payer is then [TRANSLATION] “presumed to be the most likely explanation for a payment that in itself is inexplicable” (J. Carbonnier, *Droit civil* (2004), vol. II, at No. 1219). In practice, the burden of proof is then reversed and it is the payee who must prove that there was no error by the payer (Baudouin and Jobin, at No. 532; Lluelles and Moore, at No. 1382; *Amex*, at para. 31; *Pearl v. Investissements Contempra Ltée*, [1995] R.J.Q. 2697 (Sup. Ct.); *Roux v. Cordeau*, [1981] R.P. 29 (Que. Sup. Ct.); *Garage W. Martin Ltée v. Labrie*, [1957] C.S. 175 (Que.)).

[137] We will look at each of the three conditions for bringing an action to recover a payment not due and attempt to determine whether they are met here.

(a) *Existence of a Payment*

[138] Services were provided to the City. It is true that a “payment” within the meaning of art. 1553 *C.C.Q.* may involve the provision of services and not only the handing over of a sum of money or a material thing (our colleagues’ reasons, at para. 73). The fact remains that the services provided to the City in the instant case were provided by PGB, not by Octane. As M. Planiol and G. Ripert write:

[TRANSLATION] **Who may bring an action.** — The action belongs only to the person who actually paid, whether the prestation was performed by that person or was performed by a third party on that person’s behalf. [Emphasis added.]

(*Traité pratique de droit civil français*, vol. VII, *Obligations* (2nd ed. 1954), at p. 32)

[139] In order to allow Octane’s action against the City, it is therefore essential to conclude that the services received by the City were rendered by PGB on Octane’s behalf. The opposite conclusion would result in the dismissal of the action brought by Octane directly against the City, since Octane would then

l’indu repose en principe sur le payeur (art. 2803 al. 1 *C.c.Q.*; Baudouin et Jobin, n° 532; Lluelles et Moore, n° 1382). Le payeur doit d’abord prouver l’existence d’un paiement et l’inexistence d’une dette (Lluelles et Moore, n° 1382). L’erreur du payeur est ensuite « présumée comme l’explication la plus vraisemblable d’un paiement en soi inexplicable » (J. Carbonnier, *Droit civil* (2004), vol. II, n° 1219). En pratique, il s’opère alors un renversement du fardeau de la preuve et c’est au payé qu’il revient de prouver l’absence d’erreur du payeur (Baudouin et Jobin, n° 532; Lluelles et Moore, n° 1382; *Amex*, par. 31; *Pearl c. Investissements Contempra Ltée*, [1995] R.J.Q. 2697 (C.S.); *Roux c. Cordeau*, [1981] R.P. 29 (C.S. Qc); *Garage W. Martin Ltée c. Labrie*, [1957] C.S. 175 (Qc)).

[137] Examinons chacune des trois conditions d’ouverture d’une action en répétition de l’indu et tentons de déterminer si elles sont ici réunies.

a) *L’existence d’un paiement*

[138] La Ville a reçu une prestation de services. Certes, un « paiement » au sens de l’art. 1553 *C.c.Q.* peut consister en une prestation de services, et non pas seulement en la remise d’une somme d’argent ou d’une chose matérielle (motifs de nos collègues, par. 73). Il n’en demeure pas moins que les services fournis ici à la Ville l’ont été par PGB, et non par Octane. Comme l’enseignent les auteurs M. Planiol et G. Ripert :

Par qui l’action peut être exercée. — L’action n’appartient qu’à celui qui a effectivement payé, soit qu’il ait lui-même fait la prestation, soit qu’elle ait été faite par un tiers en son nom. [Nous soulignons.]

(*Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Obligations* (2^e éd. 1954), p. 32)

[139] Pour accueillir l’action d’Octane contre la Ville, il est donc essentiel de conclure que les services reçus par la Ville ont été rendus par PGB au nom d’Octane. La conclusion contraire entraînerait le rejet de l’action d’Octane introduite directement contre la Ville, car Octane n’aurait alors fait

have made no payment to the City. As Hogue J.A. of the Court of Appeal noted in her concurring reasons, at para. 75, [TRANSLATION] “[b]ecause the services were provided here by a third party, namely . . . PGB . . ., I also doubt that we can find that Octane . . . made a payment to the City” (Sup. Ct., at paras. 128 and 131). In fact, Octane paid a sum of money to PGB, not to the City. In other words, our colleagues’ conclusion (paras. 73-75) that the services received by the City were rendered by PGB on Octane’s behalf is crucial.

[140] To reach such a conclusion, our colleagues rely on a [TRANSLATION] “subcontracting agreement” signed by Octane and PGB on May 15, 2007 (Exhibit P-3, A.R., vol. II, at p. 11) and on a letter dated August 15, 2007 (Exhibit D-22, A.R., vol. V, at p. 105) in which PGB stated that it had not entered into any contract with the City but that it had entered into a contract with Octane for the design, production, creation and public and media presentation of the City’s transportation plan. Our colleagues also rely on an excerpt from the Superior Court’s judgment in which it stated that PGB was a [TRANSLATION] “subcontractor” of Octane (paras. 159-60). However, the issue of whether, for the purposes of an action to recover a payment not due, the services received by the City could be considered to have been provided by PGB on Octane’s behalf was not before the Superior Court. In fact, Octane did not rely on receipt of a payment not due as a basis for its claim at trial.

[141] As a result, the Superior Court makes no mention anywhere in its judgment of the agreement signed by PGB and Octane on August 10, 2007 (Exhibit P-123, A.R., vol. IV, at p. 117), in which they confirm that Octane had paid PGB \$82,898.63³ as an advance for a contract signed by the City and PGB, and in which PGB undertakes to “repay that same amount to Octane” as soon as “the City . . . pays [\$82,898.63] to [PGB]” (A.R., vol. IV, at p. 117). This document suggests, first, that Octane agreed, with full knowledge of the facts, to pay the City’s

aucun paiement à la Ville. Comme l’a souligné la juge Hogue dans ses motifs concordants en Cour d’appel, au par. 75, « [l]es services ayant ici été rendus par un tiers, en l’occurrence [. . .] PGB [. . .], je doute également qu’on puisse conclure qu’Octane [. . .] a fait un paiement à la Ville » (C.S., par. 128 et 131). En effet, Octane a versé une somme d’argent à PGB, et non à la Ville. Autrement dit, la conclusion de nos collègues (par. 73-75) selon laquelle les services reçus par la Ville ont été rendus par PGB au nom d’Octane est capitale.

[140] Pour arriver à une telle conclusion, nos collègues s’appuient sur une « entente de sous-traitance » signée le 15 mai 2007 entre Octane et PGB (pièce P-3, d.a., vol. II, p. 11), et sur une lettre datée du 15 août 2007 (pièce D-22, d.a., vol. V, p. 105) dans laquelle PGB affirme qu’aucun contrat n’a été conclu entre PGB et la Ville, alors qu’un contrat aurait été conclu entre PGB et Octane à l’égard de la conception, de la production, de la réalisation et de la présentation publique et médiatique du Plan de transport de la Ville. Nos collègues s’appuient également sur un passage du jugement de première instance où la Cour supérieure affirme que PGB était un « sous-contractant » d’Octane (par. 159-160). Or, la Cour supérieure n’était pas saisie de la question de savoir si l’on pouvait considérer, aux fins d’une action en répétition de l’indu, que les services reçus par la Ville avaient été rendus par PGB au nom d’Octane. De fait, Octane n’a pas invoqué en première instance la réception de l’indu comme fondement de sa réclamation.

[141] La Cour supérieure ne mentionne donc nulle part dans son jugement l’entente signée le 10 août 2007 entre PGB et Octane (pièce P-123, d.a., vol. IV, p. 117), entente où PGB et Octane attestent qu’Octane a versé à PGB la somme de 82 898,63 \$³ en avance à un contrat signé entre la Ville et PGB, et où PGB s’engage à « rembourse[r] ce même montant à Octane » dès que « la Ville [. . .] effectuera le paiement de [82 898,63] \$ à [PGB] » (d.a., vol. IV, p. 117). Ce document laisse entendre, d’une part, qu’Octane aurait en toute connaissance de cause accepté de payer à

³ Difference of one cent between the amount claimed and the agreement.

³ Écart d’un cent entre le montant réclamé et l’entente.

debt to PGB and, second, that those two firms intended PGB to provide services to the City on its own behalf in exchange for a payment that ought to have come directly from the City, not from Octane. Other excerpts from the evidence confirm the possibility that this was the case.

[142] In fact, Louis Aucoin, who in 2007 was a senior partner at Octane, testified that Octane knew at the time of payment that there was no contract between PGB and the City, but that it expected them to enter into one at a later date (testimony of Louis Aucoin, A.R., vol. VII, at pp. 124-25). Thus, Octane [TRANSLATION] “would have wanted” PGB “to be able to issue its own invoice” to the City after the launch of the City’s transportation plan (*ibid.*, at pp. 152-53 (emphasis added)). According to Mr. Aucoin, the decision to pay PGB directly was made by Octane “reluctantly” (A.R., vol. VIII, at pp. 9-10). Shortly before the day of the launch, Octane supposedly suggested to PGB, which wanted an advance, that it contact the mayor’s office to try to obtain “a first cheque”, but this was unsuccessful (*ibid.*). Octane therefore released a first cheque payable to PGB, but continued to believe that PGB could invoice the City at some point (*ibid.*, at pp. 11-12). Octane issued “a second cheque a week or two later” because “the first cheque didn’t cover all the expenses that [PGB] had to advance” (*ibid.*, at pp. 15-16). It was at the time of the “last instalment” that Octane signed “an agreement” with PGB stating that PGB would repay \$82,898.63 to Octane as soon as it was paid by the City (*ibid.*, at pp. 16-18; Exhibit P-123, A.R., vol. IV, at p. 117).

[143] In short, these excerpts from the evidence confirm the possibility that Octane and PGB intended the latter to provide services to the City on its own behalf in exchange for a payment that ought to have come directly from the City, not from Octane. In other words, the evidence does not clearly show that the services received by the City were provided by PGB on Octane’s behalf. Any ambiguity in this regard that was not resolved at trial stems from the fact that Octane was not relying on receipt of a payment not due as a basis for its claim. In our view, it is therefore not advisable for this Court now to dispose

PGB la dette de la Ville et, d’autre part, que l’intention de ces deux entreprises était que PGB fournisse en son propre nom des services à la Ville en échange d’un paiement qui aurait dû émaner directement de la Ville, et non d’Octane. D’autres passages de la preuve confirment la possibilité d’une telle thèse.

[142] En effet, Louis Aucoin, associé principal chez Octane en 2007, affirme, dans son témoignage, qu’Octane savait au moment du paiement qu’il n’y avait aucun contrat entre PGB et la Ville, mais qu’elle s’attendait à ce qu’un contrat soit ultérieurement conclu entre PGB et la Ville (témoignages de Louis Aucoin, d.a., vol. VII, p. 124-125). Ainsi, Octane « aurait voulu » qu’après le lancement du Plan de transport de la Ville, PGB « puisse émettre sa propre facture » à la Ville (*ibid.*, p. 152-153 (nous soulignons)). La décision de payer directement PGB aurait été prise par Octane « à reculons » (d.a., vol. VIII, p. 9-10). Peu de temps avant le jour du lancement, Octane aurait suggéré à PGB, qui souhaitait obtenir une avance, de contacter le cabinet du maire afin de tenter d’obtenir « un premier chèque », mais cela a échoué (*ibid.*). Octane a alors débloqué un premier chèque payable à PGB, mais continuait à penser que PGB pourrait facturer la Ville à un moment donné (*ibid.*, p. 11-12). Octane a tiré « un deuxième chèque une semaine ou deux plus tard » parce que « le premier chèque [n’]a pas couvert toutes les dépenses [que PGB] devait avancer » (*ibid.*, p. 15-16). C’est lors du « dernier versement » qu’Octane a signé « une entente » avec PGB prévoyant le remboursement par PGB à Octane de la somme de 82 898,63 \$ aussitôt que la Ville aurait effectué le paiement à PGB (*ibid.*, p. 16-18; pièce P-123, d.a., vol. IV, p. 117).

[143] En somme, ces passages de la preuve confirment qu’il est possible que l’intention d’Octane et de PGB ait été que cette dernière fournisse en son propre nom des services à la Ville en échange d’un paiement qui aurait dû émaner directement de la Ville, et non d’Octane. En d’autres termes, il ne se dégage pas clairement de la preuve que les services reçus par la Ville ont été rendus par PGB au nom d’Octane. Toute ambiguïté non résolue sur ce point au procès est liée au fait qu’Octane n’a pas invoqué en première instance la réception de l’indu comme fondement de sa réclamation. À notre avis, il n’est

of the City's appeal on the basis of that mechanism. However, we are prepared to adopt the interpretation of the evidence that is most favourable to Octane with respect to the condition requiring the existence of a payment, since, in our view, its claim must be dismissed in any event.

(b) *Absence of a Debt*

[144] The absence of a debt between the parties stems from the non-existence of a contract between Octane and the City for the services rendered by PGB. It is moreover not contested that the facts giving rise to the parties' dispute occurred in 2007, during the period in between two framework agreements for professional services entered into by Octane and the City in 2004 and 2008 (C.A., at para. 9; Exhibits P-33 and P-34, A.R., vol. II, at pp. 77-83; Exhibits P-118 and P-119, A.R., vol. IV, at pp. 106-12).

(c) *Error by the Payer*

[145] A payer is said to have made a payment "in error" if the payer [TRANSLATION] "mistakenly believed that he or she was a debtor" (M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations* (3rd ed. 2013), vol. 2, at p. 491; A. Sériaux, *Droit des obligations* (1992), at p. 271). An error, which may be of fact or of law (Baudouin and Jobin, at No. 531; Lluellas and Moore, at No. 1379; Pineau, Burman and Gaudet, at pp. 469-70), is an essential condition for an action to recover a payment not due; it is not, however, a condition for the annulment of a contract (D. Lluellas and B. Moore, at No. 1374 ([TRANSLATION] "[i]n [the] case [of the annulment of a contract], an error by the 'payer' is unnecessary, because . . . restitution for the parties is dictated by the disappearance of the contract"); Baudouin and Jobin, at No. 530; Pineau, Burman and Gaudet, at p. 470; P. Malaurie, L. Aynès and P. Stoffel-Munck, *Les obligations* (5th ed. 2011), at No. 723). Contrary to what the majority of the Court of Appeal suggested in its reasons (paras. 53-55), an error is always required in an action to recover a payment not due (Lluellas and Moore, at No. 1375; Pineau, Burman and Gaudet, at p. 470). In this respect, it must be noted that art. 1554 para. 1 *C.C.Q.* is not a distinct source of the obligation

par conséquent pas prudent que notre Cour dispose maintenant du pourvoi de la Ville sur la base de ce mécanisme. Nous acceptons toutefois d'adopter l'interprétation de la preuve la plus favorable à Octane quant à la condition de l'existence d'un paiement, car sa réclamation doit, à notre avis, être rejetée de toute façon.

b) *L'inexistence d'une dette*

[144] L'inexistence d'une dette entre les parties résulte de l'inexistence d'un contrat entre Octane et la Ville à l'égard des services rendus par PGB. Il n'est pas non plus contesté que les faits à l'origine du différend entre les parties ont eu lieu en 2007, soit durant la période qui s'est écoulée entre les deux conventions-cadres de services professionnels conclues en 2004 puis en 2008 entre Octane et la Ville (C.A., par. 9; pièces P-33 et P-34, d.a., vol. II, p. 77-83; pièces P-118 et P-119, d.a., vol. IV, p. 106-112).

c) *L'erreur du payeur*

[145] On dit du payeur qu'il a effectué le paiement « par erreur » s'il « se croyait à tort débiteur » (M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations* (3^e éd. 2013), vol. 2, p. 491; A. Sériaux, *Droit des obligations* (1992), p. 271). L'erreur, qui peut être de fait ou de droit (Baudouin et Jobin, n^o 531; Lluellas et Moore, n^o 1379; Pineau, Burman et Gaudet, p. 469-470), est une condition essentielle de l'action en répétition de l'indu; il ne s'agit toutefois pas d'une condition de l'annulation d'un contrat (D. Lluellas et B. Moore, n^o 1374 (« [d]ans [l]e cas [de l'annulation d'un contrat], l'erreur du "payeur" n'est pas nécessaire, puisque [. . .] la restitution des parties est commandée par la disparition du contrat »); Baudouin et Jobin, n^o 530; Pineau, Burman et Gaudet, p. 470; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations* (5^e éd. 2011), n^o 723). Contrairement à ce que laissent entendre les juges majoritaires de la Cour d'appel dans leurs motifs (par. 53-55), l'erreur est toujours requise dans une action en répétition de l'indu (Lluellas et Moore, n^o 1375; Pineau, Burman et Gaudet, p. 470). À cet égard, il faut préciser que l'art. 1554 al. 1 *C.c.Q.* ne constitue pas une source distincte de l'obligation de restitution :

to make restitution: rather, that provision must be read together with art. 1491 para. 1 *C.C.Q.* (*Amex*, at para. 29). As F. Levesque states:

[TRANSLATION] Article 1554 para. 1 *C.C.Q.* must be read together with article 1491 *C.C.Q.* Read on its own, article 1554 para. 1 *C.C.Q.* may suggest that an error is not necessary to an action for receipt of a payment not due. But an error is fundamental. If a payment was made where there was no obligation, as stated in article 1554 para. 1 *C.C.Q.*, but without any error, receipt of a payment not due cannot be relied on. [Emphasis added.]

(*Précis de droit québécois des obligations* (2014), at p. 191)

[146] As we mentioned above, the burden is on the payee (here, the City) to prove that there was no error by the payer (here, Octane) once the payer has discharged the burden of proving the existence of a payment and the absence of a debt. In the instant case, one cannot ignore the fact that, by not relying on receipt of a payment not due at trial as a basis for its claim, Octane deprived the City of the opportunity to adduce evidence to discharge its burden of “show[ing] that Octane provided . . . services knowing that it was not bound to do so” (our colleagues’ reasons, at para. 67). As Hogue J.A. of the Court of Appeal stated in her concurring reasons, at para. 74, the rules on receipt of payment not due [TRANSLATION] “are not easy to apply in the context of the instant case, where the known facts are limited”, and “[o]ne need only think of the concept of error, which would likely raise many questions on its own”.

[147] In principle, the payee can show the absence of an error by the payer by proving that the payer made the payment knowing that he or she was not bound to do so (Lluelles and Moore, at No. 1377 ([TRANSLATION] “[t]he making of a payment not due must be understood as the discharge of a debt that does not exist . . . without the ‘payer’ being aware of this fact”, and “[t]hose who, with full knowledge of the facts, pay an amount they do not owe cannot rely on receipt of a payment not due” (emphasis added); *Sodexho Québec ltée v. Cie de chemin de fer du littoral nord de Québec & du Labrador inc.*, 2010 QCCA 2408, 89 C.C.P.B. 203, at paras. 170-75). In

cette disposition doit plutôt être lue en corrélation avec l’art. 1491 al. 1 *C.c.Q.* (*Amex*, par. 29). Comme l’affirme F. Levesque :

L’article 1554, al. 1 *C.c.Q.* doit être lu en corrélation avec l’article 1491 *C.c.Q.* La seule lecture de l’article 1554, al. 1 *C.c.Q.* peut porter à croire qu’il n’est pas nécessaire de retrouver une erreur dans une action en réception de l’indu. Or, l’erreur est fondamentale. Si un paiement a été fait sans qu’il existe une obligation, comme l’indique l’article 1554, al. 1 *C.c.Q.*, mais sans erreur, la réception de l’indu n’est pas permise. [Nous soulignons.]

(*Précis de droit québécois des obligations* (2014), p. 191)

[146] Rappelons que c’est au payé (ici, la Ville) qu’il revient de prouver l’absence d’erreur du payeur (ici, Octane) une fois que ce dernier s’est acquitté de son fardeau de prouver l’existence d’un paiement et l’inexistence d’une dette. En l’espèce, on ne peut ignorer le fait qu’en n’invoquant pas la réception de l’indu au procès comme fondement de sa réclamation, Octane a privé la Ville de la possibilité de présenter une preuve qui l’aurait déchargée de son fardeau « de démontrer qu’Octane a rendu [un] service en sachant qu’elle n’y était pas tenue » (motifs de nos collègues, par. 67). Comme l’a affirmé la juge Hogue dans ses motifs concordants en Cour d’appel, au par. 74, « il n’est pas aisé d’appliquer [les règles de la réception de l’indu] dans le contexte de l’espèce où les faits connus sont limités » et « [i]l n’y a qu’à songer à la notion d’erreur qui, à elle seule, serait susceptible de soulever de nombreuses questions ».

[147] En principe, le payé parvient à démontrer l’absence d’erreur du payeur s’il prouve que ce dernier a effectué le paiement en sachant qu’il n’y était pas tenu (Lluelles et Moore, n° 1377 (« [l]e paiement de l’indu doit être compris comme l’exécution d’une dette qui n’existe pas [. . .] sans que le “payeur” soit conscient de cet état de fait » et « [c]elui qui, en toute connaissance de cause, paie une somme à laquelle il n’est pas tenu ne peut invoquer la réception de l’indu » (nous soulignons); *Sodexho Québec ltée c. Cie de chemin de fer du littoral nord de Québec & du Labrador inc.*, 2010 QCCA 2408, 89 C.C.P.B. 203, par. 170-175). Dans ces circonstances, le paiement

such circumstances, the payment will be treated as a liberality and an action to recover a payment not due will be dismissed (Baudouin and Jobin, at No. 531 ([TRANSLATION] “[i]f [the *solvens*] ‘paid’ where no debt existed but *with full knowledge of the facts*, the alleged payment should normally be treated as a liberality and recovery denied” (emphasis added; footnote omitted)); Pineau, Burman and Gaudet, at pp. 469-70 ([TRANSLATION] “[w]here the *solvens* makes a payment knowing full well that he or she owes nothing, the *solvens* is not making a payment that is not due, since that prestation will be regarded as having been performed with a liberal intention” (emphasis added (footnote omitted))).

[148] Such a correlation between the absence of an error and the existence of a liberal intention, or, conversely, between the absence of a liberal intention and the existence of an error, flows from an expansive view of the concept of liberal intention. In their reasons (paras. 67 and 79-84), our colleagues largely equate the absence of a liberal intention with the existence of an error. In reality, the payer may well have made a payment knowing that he or she owed nothing, but without having the true intention of providing a gratuitous benefit or making an informal gift to the payee. For example, the payer might hope that the payee will provide a counterprestation; the payer may have a personal interest in the transaction; the payer may have intended to manage the business of another; the payer may have assumed the risks of his or her behaviour; or the “payment” may have been made by the payer with a view to a broader agreement, etc.: Carbonnier, at Nos. 1219, 1223 and 1227-28; Pineau, Burman and Gaudet, at p. 471 ([TRANSLATION] “those who intentionally, and with full knowledge of the facts, pay a debt they know they do not owe thereby indicate that they are making a gift or that they intend to manage the business of another” (emphasis added)). It would therefore be more accurate from a theoretical standpoint to say that the payee can prove the absence of an error by the payer by showing: (1) that the payer made the payment knowing that he or she was not bound to do so (i.e., absence of error as such), or (2) that the payer made the payment with the true intention of providing a gratuitous benefit or making an informal gift to the payee, or that another cause excluding the

sera traité comme une libéralité et l’action en répétition de l’indu sera rejetée (Baudouin et Jobin, n° 531 (« [s]i [le *solvens*] a “payé” alors qu’aucune dette n’existait, mais *en toute connaissance de cause*, on doit normalement traiter le prétendu paiement comme une libéralité et refuser la répétition » (nous soulignons; note en bas de page omise)); Pineau, Burman et Gaudet, p. 469-470 (« [l]orsque le *solvens* effectue un paiement alors qu’il sait pertinemment qu’il ne doit rien, il ne paie pas l’indu, car cette prestation sera considérée comme ayant été faite dans une intention libérale » (nous soulignons; note en bas de page omise))).

[148] Une telle adéquation entre l’absence d’une erreur et l’existence d’une intention libérale ou, inversement, entre l’absence d’une intention libérale et l’existence d’une erreur, résulte d’une conception élargie de la notion d’intention libérale. Dans leurs motifs (par. 67 et 79-84), nos collègues assimilent largement l’absence d’une intention libérale à l’existence d’une erreur. En réalité, il se peut fort bien que le payeur ait effectué le paiement en sachant qu’il ne devait rien, sans pour autant avoir eu l’intention véritable de procurer un avantage gratuit au payé ou d’effectuer une donation informelle à son profit. Par exemple, le payeur peut espérer que le payé fournira une contre-prestation; il peut avoir, dans l’opération, un intérêt personnel; il peut avoir eu l’intention de gérer l’affaire d’autrui; il peut avoir accepté les risques de son comportement; son « paiement » peut s’inscrire dans la perspective d’une convention plus vaste, etc. : Carbonnier, nos 1219, 1223 et 1227-1228; Pineau, Burman et Gaudet, p. 471 (« celui qui paierait sciemment, en toute connaissance de cause, une dette qu’il sait ne pas devoir, indique par ce fait même qu’il fait une donation ou qu’il entend gérer l’affaire d’autrui » (nous soulignons)). Conséquemment, il serait plus juste sur le plan théorique d’affirmer que le payé parvient à prouver l’absence d’erreur du payeur s’il démontre : (1) que le payeur a effectué le paiement en sachant qu’il n’y était pas tenu (c.-à-d. l’absence d’erreur proprement dite), ou (2) que le payeur a effectué le paiement en ayant une intention véritable de procurer un avantage gratuit au payé ou d’effectuer une donation informelle à son profit ou encore qu’une

possibility of error provides legal justification for the payment:

[TRANSLATION] Finally, it should be noted that proof of error — or another defect of consent — is not always necessary: once the “payer” has proved an absence of debt or an overpayment, it is up to the “payee” to prove liberal intention, which cannot be presumed, or another cause that can provide legal justification for the payment. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(Lluelles and Moore, at No. 1378)

[TRANSLATION] However, the *accipiens* may oppose the action for recovery, not by trying to establish the absence of error, a negative that is impossible to prove, but by bringing forward positive evidence that the payment had a cause that makes it definitive. What cause? There are various types.

- It may be a liberal intention: the *solvens* intended to provide a gratuitous benefit to the *accipiens* or to the third party whose debt he or she extinguishes, or perhaps to make an informal gift.
- It might also be an intention to manage the debtor’s business, or a view to a broader agreement: it is not uncommon for the making of a payment not due to be one element of a transaction (within the meaning of art. 2044), an assignment made to the *accipiens* in the expectation of receiving concessions in return. [Emphasis added.]

(Carbonnier, at No. 1219)

[149] For example, in *Agence de développement de réseaux locaux de services de santé et de services sociaux de Laval (Régie régionale de la santé et de services sociaux de Laval) v. 9112-4511 Québec inc.*, 2006 QCCS 5323, aff’d 2008 QCCA 848, the payee alleged — albeit unsuccessfully — that an overpayment was justified by a transaction entered into by the parties to settle a potential action for damages.

[150] In the case at bar, our colleagues agree in their reasons (paras. 66-67) with the conclusion of the majority of the Court of Appeal that Octane provided services based on its mistaken, but good faith,

autre cause excluant l’hypothèse de l’erreur justifie juridiquement le paiement :

Précisons, enfin, que la preuve de l’erreur — ou d’un autre vice du consentement — n’est pas toujours nécessaire : dès l’instant, en effet, où le « payeur » a prouvé l’inexistence de la dette ou le paiement excédentaire, il appartient au « payé » de prouver l’intention libérale, qui ne saurait se présumer, ou encore une autre cause pouvant juridiquement justifier le paiement. [Nous soulignons; notes en bas de page omises.]

(Lluelles et Moore, n° 1378)

L’accipiens, cependant, peut s’opposer à l’action en répétition, non pas en essayant de démontrer l’absence d’erreur, preuve négative impossible, mais en rapportant la preuve positive que le paiement a eu une cause qui le rend définitif. Quelle cause? Il en est de diverses sortes.

- Ce peut être une intention libérale : le *solvens* a entendu procurer un avantage gratuit à l’*accipiens* ou au tiers dont il éteint la dette, voire réaliser une donation informelle.
- Ce pourrait être aussi bien l’intention de gérer l’affaire du débiteur, ou encore la perspective d’une convention plus vaste : il n’est pas rare que le paiement de l’indu soit l’un des éléments d’une transaction (au sens de l’a. 2044), une cession faite à l’*accipiens* dans l’attente de concessions en retour. [Nous soulignons.]

(Carbonnier, n° 1219)

[149] Ainsi, dans *Agence de développement de réseaux locaux de services de santé et de services sociaux de Laval (Régie régionale de la santé et de services sociaux de Laval) c. 9112-4511 Québec inc.*, 2006 QCCS 5323, conf. par 2008 QCCA 848, le payé avait prétendu — mais sans succès — que la somme payée en trop se justifiait par une transaction intervenue entre les parties en vue de régler un éventuel recours en dommages-intérêts.

[150] En l’espèce, nos collègues souscrivent dans leurs motifs (par. 66-67) à la conclusion des juges majoritaires de la Cour d’appel selon laquelle Octane aurait fourni des services en vertu de sa croyance

belief that the City had entered into a contract with it (paras. 25 and 66).

[151] In our opinion, the evidence shows rather clearly that Octane did not pay the City in error. It is helpful to note from the outset that the error must exist at the time of payment (*Canadian Imperial Bank of Commerce v. Perrault et Perrault Ltée*, [1969] B.R. 958; *Aussant v. Axa Assurances inc.*, 2013 QCCQ 398, [2013] R.J.Q. 533; *Société nationale de fiducie v. Robitaille*, [1983] C.A. 521 (Que.); *Roux v. Cordeau*; *Commission des écoles catholiques de Verdun v. Giroux*, [1986] R.J.Q. 2970 (Prov. Ct.)). Here, the time of payment was May 17, 2007, the launch date for the City’s transportation plan, since that was the date on which the services were provided to the City. However, it cannot be said that Octane believed it had a contract with the City at the time of payment. Nor can it be said that Octane believed at the time of payment that it was possible the City would grant it a valid contract *at a later date*.

(i) Octane Knew at the Time of Payment That It Had No Contract With the City for the Services Provided by PGB

[152] When it left the meeting on April 27, 2007, Octane had allegedly obtained a [TRANSLATION] “mandate” for consulting services (the “concept mandate” or “consulting mandate”); the costs associated with payment for the services provided by PGB were thus considered expenses included in that “mandate” (testimony of Louis Aucoin, A.R., vol. VIII, at pp. 5-9). Louis Aucoin testified at trial that, following the meeting on April 27, 2007, he believed that the “mandate could not . . . exceed the limit for proceeding by agreement”, that is, “twenty-five thousand dollars (\$25,000)” (*ibid.*, at pp. 61-63 and 75).

[153] Louis Aucoin was well aware that the \$25,000 limit was relevant not only because it was the highest threshold for a contract to be awarded by agreement (i.e., without a call for tenders by written invitation or a public call for tenders published by means of an electronic tendering system), but also because it was the highest threshold for a contract to be granted by an officer on the City’s behalf (*ibid.*, at pp. 63-75). The rules for the formation of

erronée, mais de bonne foi, que la Ville avait contracté avec elle (par. 25 et 66).

[151] À notre avis, la preuve démontre plutôt clairement qu’Octane n’a pas payé la Ville par erreur. Il est utile de préciser d’emblée que l’erreur doit exister au moment du paiement (*Canadian Imperial Bank of Commerce c. Perrault et Perrault Ltée*, [1969] B.R. 958; *Aussant c. Axa Assurances inc.*, 2013 QCCQ 398, [2013] R.J.Q. 533; *Société nationale de fiducie c. Robitaille*, [1983] C.A. 521 (Qc); *Roux c. Cordeau*; *Commission des écoles catholiques de Verdun c. Giroux*, [1986] R.J.Q. 2970 (C.P.)). Le moment du paiement, ici, est le 17 mai 2007, date du lancement du Plan de transport de la Ville, car c’est à cette date que les services ont été fournis à la Ville. Cependant, on ne peut pas dire d’Octane qu’elle croyait à l’existence d’un contrat la liant à la Ville au moment du paiement. On ne peut pas non plus affirmer qu’elle croyait au moment du paiement à la possibilité qu’un contrat valide lui soit *ultérieurement* consenti par la Ville.

(i) Octane savait au moment du paiement qu’aucun contrat ne la liait à la Ville à l’égard des services rendus par PGB

[152] Lorsqu’elle sort de la réunion du 27 avril 2007, Octane aurait obtenu un « mandat » relatif à des services-conseils (le « mandat du concept » ou « mandat de conseil »); les frais associés au paiement des services rendus par PGB auraient alors été considérés comme des déboursés inclus dans ce « mandat » (témoignage de Louis Aucoin, d.a., vol. VIII, p. 5-9). Louis Aucoin a témoigné au procès qu’il croyait, après la réunion du 27 avril 2007, que le « mandat » ne « pourra[it] excéder [. . .] la limite de gré à gré », soit « vingt-cinq mille dollars (25 000 \$) » (*ibid.*, p. 61-63 et 75).

[153] Louis Aucoin savait parfaitement que la limite de 25 000 \$ était pertinente, et ce, non seulement parce qu’il s’agit du seuil maximal en deçà duquel un contrat peut être adjugé de gré à gré (c.-à-d. sans demande de soumissions faite par voie d’invitation écrite ou demande de soumissions publiques publiée dans un système électronique d’appel d’offres), mais aussi parce qu’il s’agit du seuil maximal en deçà duquel un fonctionnaire peut consentir un contrat

a contract with the City were briefly (but helpfully) summarized by Gilles Robillard as follows: (1) a duly authorized officer could have granted a contract with a value of up to \$25,000 on the City's behalf, (2) the City's executive committee could have granted a contract with a value of up to \$100,000 on the City's behalf, and (3) the City's municipal council could have granted any contract with a value of more than \$100,000 (testimony of Gilles Robillard, A.R., vol. XIII, at p. 9).

[154] However, according to a quote for consulting services dated April 28, 2007 (Exhibit P-6, A.R., vol. II, at pp. 17-18), the value of the “mandate” for consulting services was estimated at \$27,600 plus tax. According to the budget estimates dated May 4, 2007 (Exhibit P-13, A.R., vol. II, at pp. 38-41), the value of the “mandate” for consulting services was estimated at \$28,350 and then at \$34,650 plus tax (*ibid.*, at pp. 75-76).

[155] Moreover, in the same budget estimates dated May 4, 2007 (Exhibit P-13, A.R., vol. II, at pp. 38-41), the services rendered by PGB were an item of expenses separate from the “mandate” for consulting services.⁴ They involved a “mandate” for the production of the event, which, on May 4, 2007, nearly two weeks *before* the launch of the transportation plan on May 17, 2007, was estimated at \$120,250 plus tax and then at \$138,250 plus tax. As the Court of Appeal noted (para. 14), the final budget estimate dated May 15, 2007 (Exhibit P-12, A.R., vol. II, at pp. 36-37), two days *before* the launch of the transportation plan on May 17, 2007, forecast fees, costs and expenses of \$72,750 plus tax *solely* for PGB's services (see also Sup. Ct., at para. 94). These estimated values for the “mandate” for PGB's production of the event greatly exceed the \$25,000 limit, and it is clear that Octane was well aware of this at the time the services were provided by PGB on May 17, 2007. Indeed, Louis Aucoin admitted at trial that, *before* the launch of the transportation plan on May 17, 2007, he had [TRANSLATION] “a very

⁴ The Superior Court also found that the mandate for consulting services was different from the mandate for the production of the show organized by PGB for the launch of the City's transportation plan (paras. 70-85).

au nom de la Ville (*ibid.*, p. 63-75). Les règles de formation d'un contrat avec la Ville ont été sommairement (mais utilement) résumées ainsi par Gilles Robillard : (1) un fonctionnaire dûment autorisé aurait pu consentir un contrat au nom de la Ville jusqu'à une valeur de 25 000 \$, (2) le comité exécutif de la Ville aurait pu consentir un contrat au nom de la Ville jusqu'à une valeur de 100 000 \$ et (3) le conseil municipal de la Ville aurait pu consentir tout contrat d'une valeur de plus de 100 000 \$ (témoignage de Gilles Robillard, d.a., vol. XIII, p. 9).

[154] Or, d'après un devis de services-conseils daté du 28 avril 2007 (pièce P-6, d.a., vol. II, p. 17-18), la valeur du « mandat » relatif aux services-conseils est estimée à 27 600 \$ plus taxes. Suivant les estimations budgétaires datées du 4 mai 2007 (pièce P-13, d.a., vol. II, p. 38-41), la valeur du « mandat » en matière de services-conseils est estimée à 28 350 \$, puis à 34 650 \$ plus taxes (*ibid.*, p. 75-76).

[155] En outre, selon ces mêmes estimations budgétaires datées du 4 mai 2007 (pièce P-13, d.a., vol. II, p. 38-41), les services rendus par PGB constituent un chef de déboursés distinct du « mandat » en matière de services-conseils⁴. Il s'agit d'un « mandat » relatif à la production de l'événement, lequel est évalué, en date du 4 mai 2007, soit près de deux semaines *avant* le lancement du Plan de transport du 17 mai 2007, à 120 250 \$ plus taxes, puis à 138 250 \$ plus taxes. Comme l'a souligné la Cour d'appel (par. 14), la prévision budgétaire finale datée du 15 mai 2007 (pièce P-12, d.a., vol. II, p. 36-37), soit deux jours *avant* le lancement du Plan de transport du 17 mai 2007, prévoit des honoraires, frais et déboursés de 72 750 \$ plus taxes visant *exclusivement* les services de PGB (voir aussi C.S., par. 94). Ces valeurs estimées du « mandat » concernant la production de l'événement par PGB excèdent largement la limite de 25 000 \$, et, manifestement, Octane le savait très bien au moment où les services ont été rendus par PGB le 17 mai 2007. Louis Aucoin a d'ailleurs admis au procès qu'il avait

⁴ La Cour supérieure a d'ailleurs conclu que le mandat en matière de services-conseils se distinguait du mandat relatif à la production du spectacle organisé par PGB lors du lancement du Plan de transport de la Ville (par. 70-85).

good idea” of the value of the services that would be provided by PGB (*ibid.*, at pp. 131-38). In short, Octane knew at the time the City’s transportation plan was launched that no duly authorized officer could lawfully grant a contract with such a value on the City’s behalf.

[156] Furthermore, Mr. Aucoin knew that no resolution had been passed by the City’s municipal council to award Octane a contract for PGB’s services (*ibid.*). He also knew that no framework agreement between Octane and the City was in effect at the time the City’s transportation plan was launched (*ibid.*, at pp. 144-46, 341 and 348).

(ii) Octane Knew at the Time of Payment That the City Could Not Grant It a Valid Contract at a Later Date for the Services Provided by PGB

[157] Gilles Robillard, who in 2007 was the associate general director of the City’s infrastructure, transportation and environment division, testified at trial that, after the launch of the City’s transportation plan, Mr. Thériault could have [TRANSLATION] “forwarded” the file to the executive committee for authorization of payment (testimony of Gilles Robillard, A.R., vol. XIII, at pp. 36-37; Sup. Ct., at para. 134). As we mentioned above, the executive committee does indeed have the power to grant a contract with a value of up to \$100,000, but even if that committee had granted a contract with Octane after the fact, the contract could not have been valid because, as the Superior Court noted, at para. 133, [TRANSLATION] “[i]t was too late to issue an invitation to tender or to make a public call for tenders given that the event had already taken place”. It is important to focus here on the evidence showing that Octane knew the rules for awarding municipal contracts:

- Octane [TRANSLATION] “was committed to complying with the rules for awarding contracts” (pp. 35-36).
- It “regularly” had contracts with the City; it also did business with “other municipalities” (pp. 45-47).

« une très bonne idée », *avant* le lancement du Plan de transport du 17 mai 2007, de la valeur des services qui seraient rendus par PGB (*ibid.*, p. 131-138). En somme, Octane savait au moment du lancement du Plan de transport de la Ville qu’aucun fonctionnaire dûment autorisé n’avait pu légalement consentir un contrat d’une telle valeur au nom de la Ville.

[156] Par ailleurs, Louis Aucoin savait qu’aucune résolution du conseil municipal de la Ville n’octroyait un contrat à Octane concernant les services de PGB (*ibid.*). Il savait aussi qu’aucun contrat-cadre entre Octane et la Ville n’était en vigueur au moment du lancement du Plan de transport de la Ville (*ibid.*, p. 144-146, 341 et 348).

(ii) Octane savait au moment du paiement qu’aucun contrat valide ne pourrait lui être ultérieurement consenti par la Ville à l’égard des services rendus par PGB

[157] Gilles Robillard, directeur général associé au Service des infrastructures, transport et environnement de la Ville en 2007, a affirmé au procès que M. Thériault aurait pu, après le lancement du Plan de transport de la Ville, « acheminer » le dossier au comité exécutif afin de faire autoriser le paiement (témoignage de Gilles Robillard, d.a., vol. XIII, p. 36-37; C.S., par. 134). Comme nous l’avons souligné plus haut, le comité exécutif a effectivement le pouvoir de consentir un contrat jusqu’à une valeur de 100 000 \$, mais, même si ce comité avait après coup consenti un contrat à Octane, il n’aurait pu s’agir d’un contrat valide, puisque, comme l’a fait observer la Cour supérieure, au par. 133, « [i]l était trop tard pour procéder par appel d’offres sur invitations ou par appel d’offres public, vu que l’événement avait déjà eu lieu ». Il faut insister ici sur la preuve qui démontre qu’Octane connaît les règles d’adjudication des contrats municipaux :

- Elle « tient à respecter les règles d’attribution de contrats » (p. 35-36).
- Elle a « régulièrement » des contrats avec la Ville de Montréal; elle fait aussi affaires avec « d’autres municipalités » (p. 45-47).

- In 2007, Louis Aucoin knew full well what differentiated a contract entered into by agreement, a contract awarded through a written invitation and a contract awarded through a public call for tenders; he was also well aware that the “lowest threshold” for a contract to be awarded through a written invitation was “twenty-five thousand dollars (\$25,000) at the time”. He also knew that the lowest threshold for a contract to be awarded through a public call for tenders was “one hundred thousand dollars (\$100,000)” (pp. 55-58 and 71).
- Octane was well aware at the material time that the normal procedure for awarding a contract through a written invitation was not followed in this case. It was also well aware that the normal procedure for entering into a contract by agreement was not followed in this case (“normally what we want is written proof that the quote has been accepted by a person in authority”) (pp. 58-61 and 63-65).
- En 2007, Louis Aucoin connaît très bien la différence entre un contrat conclu de gré à gré, un contrat adjudgé par voie d’invitation écrite et un contrat adjudgé par voie d’appel d’offres public; il sait aussi très bien que le « seuil minimal » pour l’adjudication d’un contrat par voie d’invitation écrite est de « vingt-cinq mille dollars (25 000 \$) à l’époque ». Il sait également que le seuil minimal pour l’adjudication d’un contrat par voie d’appel d’offres public est de « cent mille dollars (100 000 \$) » (p. 55-58 et 71).
- Octane est tout à fait consciente à l’époque des faits que la procédure normale pour l’adjudication d’un contrat par voie d’invitation écrite n’a pas été suivie dans ce cas-ci. Elle est aussi tout à fait consciente que la procédure normale pour l’octroi d’un contrat conclu de gré à gré n’a pas été suivie dans ce cas-ci (« normalement ce qu’on veut c’est une preuve écrite que le devis est accepté par une personne en autorité ») (p. 58-61 et 63-65).

(testimony of Louis Aucoin, A.R., vol. VIII; see also Sup. Ct., at para. 126.)

(témoignage de Louis Aucoin, d.a., vol. VIII; voir aussi C.S., par. 126.)

(iii) Conclusion on the Error by the Payer

(iii) Conclusion sur l’erreur du payeur

[158] Octane was undoubtedly not acting with a liberal intention, since it was at least hoping to be paid. As we have noted, however, the fact that there was no liberal intention does not necessarily mean that the payment was made in error.

[158] Octane n’a sans doute pas agi dans une intention libérale, puisqu’il y avait à tout le moins l’espoir d’une rétribution. Cependant, comme nous l’avons souligné, l’absence d’une intention libérale ne signifie pas nécessairement que le paiement a été fait par erreur.

[159] Because Octane provided services to the City knowing that it was not bound to do so, there is no need to determine the specific legal cause that could justify the payment (see para. 148 of our reasons). In any case, the evidence is not sufficient to establish what Octane’s motivation was in performing the services, and we can therefore only speculate in this regard.

[159] Comme Octane a fourni des services à la Ville en sachant qu’elle n’y était pas tenue, il n’est pas nécessaire de déterminer la cause juridique précise susceptible de justifier le paiement (voir par. 148 de nos motifs). La preuve n’est de toute façon pas suffisante pour permettre d’établir ce qui a motivé Octane dans l’accomplissement des services et nous ne pouvons donc que spéculer à cet égard.

[160] Perhaps Octane had a personal interest in the performance of the services in question. The services were provided in 2007, during the period between the two framework agreements for professional services entered into by Octane and the City in 2004 and 2008 (C.A., at para. 9; Exhibits P-33 and P-34, A.R.,

[160] Peut-être Octane avait-elle un intérêt personnel dans la prestation des services en cause. En effet, les services ont été rendus en 2007, soit durant la période qui s’est écoulée entre les deux conventions-cadres de services professionnels conclues en 2004 puis en 2008 entre Octane et la Ville (C.A., par. 9;

vol. II, at pp. 77-83; Exhibits P-118 and P-119, A.R., vol. IV, at pp. 106-12). Perhaps Octane therefore had a personal interest in staying in the City's "good graces" to ensure that a new framework agreement would be concluded. In such a scenario, the payment made by Octane would have been made with a view to a broader agreement.

[161] Or perhaps Octane simply wanted to ensure that other contracts would be granted to it by the City in the future. Indeed, when attempts were made to settle this case, Octane allegedly received [TRANSLATION] "promises of future mandates" from the office of the mayor and of the executive committee (testimony of Louis Aucoin, A.R., vol. VIII, at pp. 23-24 and 27-28).

[162] It may also be that Octane must be considered to have acted at its own risk. It knew the rules governing the formation and awarding of municipal contracts; in any case, the onus was on it to ensure that the proper procedure would be followed in entering into the contract. As this Court stated in *Silver's Garage Ltd.*, at p. 593, persons wishing to enter into a contract with a municipality "must at their peril ascertain that the statutory body which assumes to delegate important functions involving the exercise of discretion to committees or persons has in fact the power so to delegate and that the particular person dealt with is acting pursuant to due authority so lawfully delegated" (emphasis added). Since Octane decided to provide services to the City even though the imperative rules governing the formation and awarding of municipal contracts — rules that were known to it — had not been complied with, it could be argued that Octane must now be regarded as having assumed the risks associated with its actions. And as we noted above, assumption of risk is one of the other legal causes that can provide justification for a payment, exclude the possibility of error and make an action to recover a payment not due unavailable (See para. 148 of our reasons.).

[163] In any event, Octane did not pay in error, because it in fact knew at the time of payment that no contract had been formed between it and the City for

pièces P-33 et P-34, d.a., vol. II, p. 77-83; pièces P-118 et P-119, d.a., vol. IV, p. 106-112). Peut-être Octane avait-elle donc un intérêt personnel à demeurer dans les « bonnes grâces » de la Ville afin d'assurer la conclusion d'une nouvelle convention-cadre. Dans un tel scénario, le paiement fait par Octane s'inscrirait dans la perspective d'une convention plus vaste.

[161] Ou peut-être Octane a-t-elle plus simplement voulu faire en sorte que d'autres contrats lui soient ultérieurement consentis par la Ville. Dans les tentatives de règlement du présent dossier, Octane aurait d'ailleurs reçu des « promesses de mandats futurs » de la part du cabinet du maire et du comité exécutif (témoignage de Louis Aucoin, d.a., vol. VIII, p. 23-24 et 27-28).

[162] Ou peut-être encore faut-il considérer qu'Octane a agi à ses propres risques. En effet, Octane connaissait les règles de formation et d'adjudication des contrats municipaux; elle avait de toute façon le fardeau de s'assurer que le contrat serait conclu selon la procédure régulière. Comme l'a affirmé notre Cour dans *Silver's Garage Ltd.*, à la p. 593, une personne qui souhaite contracter avec une municipalité « doit à ses propres risques s'assurer que l'organisme légal qui prend sur lui de déléguer à des comités ou à des personnes d'importantes fonctions comportant l'exercice de discrétion, a effectivement la faculté de déléguer ainsi des fonctions, et que la personne avec qui il traite est nanti de l'autorité requise licitement déléguée de la sorte » (nous soulignons). Octane ayant décidé de fournir des services à la Ville malgré le non-respect des règles impératives de formation et d'adjudication des contrats municipaux — règles qu'elle connaissait —, il serait possible de soutenir qu'elle doit maintenant être considérée comme ayant accepté les risques associés à son comportement. Et comme nous l'avons mentionné précédemment, l'acceptation des risques constitue l'une des autres causes juridiques pouvant justifier le paiement, exclure l'hypothèse de l'erreur et rendre non disponible l'action en répétition de l'indu (voir par. 148 de nos motifs).

[163] Quoi qu'il en soit, Octane n'a pas payé par erreur, car elle savait, dans les faits, au moment du paiement, qu'aucun contrat ne s'était formé entre elle

the services rendered by PGB. Its action to recover a payment not due must therefore be dismissed and the City's appeal allowed.

[164] It is important to note that, in arriving at this conclusion, we are not sanctioning Octane's conduct as fault or negligence. With respect, it is not correct to read our reasons in this manner (our colleagues' reasons, at para. 83). Absence of error by Octane cannot be equated with fault, which — we agree — is not relevant for the purposes of restitution (*Amex*, at para. 32). Octane seems rather to have taken a business risk by providing services to the City while knowing that no contract had been nor could be entered into because of the rules for awarding contracts in the municipal context. It may be that such conduct does not constitute fault, but nor does it support a finding of error. The conditions for bringing an action to recover a payment not due are therefore not met in the instant case.

[165] Because Octane did not in fact pay the City in error, it is not necessary to determine what the proper outcome of its action to recover a payment not due would be if it had actually believed that it had a contract with the City at the time of payment. In particular, it is not necessary to determine whether this should be understood to be an inexcusable error that precludes an order for restitution of prestations under the rules on receipt of a payment not due because of the fact that Octane breached its obligation to ensure that the proper procedure was followed in entering into the contract. Indeed, the majority of the jurisprudence requires that the payer's error be "excusable" in order to form the basis for restitution of prestations based on receipt of a payment not due: *Pelletier v. SSQ, société d'assurance-vie inc.*, 2015 QCCS 132; *Faucher v. SSQ, société d'assurance-vie inc.*, 2010 QCCS 4072, [2010] R.R.A. 1111; *Steckmar Corp. v. Consultants Zenda ltée*, 2000 CanLII 18061 (Que. Sup. Ct.); *London Life, cie d'assurance-vie v. Leclerc*, 2002 CanLII 17098 (C.Q.); see, however, *L'Unique, assurances générales inc. v. Roy*, 2017 QCCS 3971; *Société canadienne de sel ltée v. Dubord*, 2012 QCCS 1994. (With regard to the academic and jurisprudential debate surrounding the concept of inexcusable error,

et la Ville à l'égard des services rendus par PGB. Son action en répétition de l'indu doit donc être rejetée, et l'appel de la Ville, accueilli.

[164] Il importe de noter qu'en arrivant à cette conclusion, nous ne sanctionnons pas le comportement d'Octane à titre de faute ou de négligence. Avec respect, il est inexact de lire nos motifs de cette façon (motifs de nos collègues, par. 83). L'absence d'erreur de la part d'Octane ne saurait être assimilée à une faute, laquelle — nous sommes d'accord — n'est pas pertinente pour les fins de la restitution (*Amex*, par. 32). Octane semble plutôt avoir pris un risque d'affaires en fournissant des services à la Ville tout en sachant qu'aucun contrat n'était intervenu et ne pourrait intervenir en raison des règles d'adjudication des contrats dans le contexte municipal. Qu'un tel comportement ne constitue pas une faute, soit, mais il ne permet pas non plus de conclure à l'erreur. Les conditions d'ouverture d'une action en répétition de l'indu ne sont donc pas remplies en l'espèce.

[165] Octane n'ayant pas dans les faits payé la Ville par erreur, il n'est pas nécessaire de décider du sort qu'il conviendrait de réserver à son action en répétition de l'indu si elle avait réellement cru en l'existence d'un contrat la liant à la Ville au moment du paiement. En particulier, il n'est pas nécessaire de décider s'il faudrait y voir une erreur inexcusable excluant la possibilité d'ordonner la restitution des prestations en application du régime de la réception de l'indu, en raison de la violation par Octane de son obligation de s'assurer que le contrat soit conclu selon la procédure régulière. En effet, la jurisprudence majoritaire exige de l'erreur du payeur qu'elle soit « excusable » afin qu'elle puisse donner lieu à la restitution des prestations sur le fondement de la réception de l'indu : *Pelletier c. SSQ, société d'assurance-vie inc.*, 2015 QCCS 132; *Faucher c. SSQ, société d'assurance-vie inc.*, 2010 QCCS 4072, [2010] R.R.A. 1111; *Steckmar Corp. c. Consultants Zenda ltée*, 2000 CanLII 18061 (C.S. Qc); *London Life, cie d'assurance-vie c. Leclerc*, 2002 CanLII 17098 (C.Q.); voir cependant *L'Unique, assurances générales inc. c. Roy*, 2017 QCCS 3971; *Société canadienne de sel ltée c. Dubord*, 2012 QCCS 1994. (Au sujet de la controverse jurisprudentielle et doctrinale entourant la notion d'erreur inexcusable, voir

see Baudouin and Jobin, at Nos. 531-32; Lluelles and Moore, at No. 1379; Levesque, at p. 192; S. Lanctôt, “Gestion d’affaires, réception de l’indu et enrichissement injustifié”, in *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile* (loose-leaf), by P.-C. Lafond, ed., fasc. 8, at para. 50.)

[166] Nor is it necessary to decide whether it should rather be understood as a “general principle” or “rule of public law” that a payer who fails to fulfill his or her obligation to ensure that the proper procedure is followed in entering into a contract cannot obtain restitution of prestations based on receipt of a payment not due where that failure is the only error relied on by the payer. Suffice it to say here that the non-application of the doctrine of apparent mandate is such a “general principle” or “rule of public law” because it is based on the same obligation incumbent on anyone wishing to enter into a contract with a municipality.

B. *Octane’s Appeal (File No. 38073)*

[167] Octane is asking the Court, in the event it allows the City’s appeal in the main file, to reverse the Superior Court’s judgment in order to make an award against Mr. Thériault personally in lieu of the City. Octane emphasizes the fact that the Superior Court concluded its judgment by specifically stating that if it had not allowed Octane’s main claim against the City, it would have allowed its alternative claim against Mr. Thériault (paras. 118-35 and 169). Indeed, the Superior Court would have found Mr. Thériault personally liable to pay the sum of \$82,898.63 for the reasons stated at para. 135 of the Superior Court’s judgment: (1) Mr. Thériault gave Octane a mandate on April 27, 2007 to organize the launch of the City’s transportation plan; (2) he gave Octane the assurance that it would be paid, which he reiterated on May 23, 2007, before the last two payments to PGB; (3) he subsequently did nothing to ensure that Octane would be reimbursed for the amounts it paid PGB, even though he could have recommended to the executive committee that the invoice be paid.

Baudouin et Jobin, nos 531-532; Lluelles et Moore, n° 1379; Levesque, p. 192; S. Lanctôt, « Gestion d’affaires, réception de l’indu et enrichissement injustifié », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile* (feuilles mobiles), par P.-C. Lafond, dir., fasc. 8, par. 50.)

[166] Il n’est pas non plus nécessaire de décider s’il faut plutôt voir un « principe général » ou une « règle de droit public » voulant que le payeur qui ne s’acquitte pas de son obligation de s’assurer que le contrat est conclu suivant la procédure régulière ne peut obtenir la restitution des prestations sur la base de la réception de l’indu en invoquant cette omission pour seule erreur. Il suffit de souligner ici que la non-application de la théorie du mandat apparent constitue ce genre de « principe général » ou une « règle de droit public » parce qu’elle se fonde sur cette même obligation qui incombe à toute personne qui souhaite contracter avec une municipalité.

B. *L’appel d’Octane (dossier n° 38073)*

[167] Octane demande à la Cour, si elle accueille l’appel de la Ville dans le dossier principal, de réformer le jugement de la Cour supérieure afin que M. Thériault soit condamné personnellement en lieu et place de la Ville. Octane insiste sur le fait que la Cour supérieure a conclu son jugement en affirmant expressément que, si elle n’avait pas accueilli la demande principale d’Octane contre la Ville, elle aurait accueilli sa demande subsidiaire contre M. Thériault (par. 118-135 et 169). En effet, la Cour supérieure aurait retenu la responsabilité personnelle de M. Thériault à l’égard du paiement de la somme de 82 898,63 \$, et ce, pour les motifs qu’elle a énumérés au par. 135 de son jugement : (1) M. Thériault a donné mandat à Octane, le 27 avril 2007, d’organiser le lancement du Plan de transport de la Ville; (2) il a donné l’assurance à Octane qu’elle serait payée, assurance renouvelée le 23 mai 2007, soit avant les deux derniers versements à PGB; (3) par la suite, il n’a rien fait pour s’assurer qu’Octane serait remboursée des sommes qu’elle a versées à PGB, alors qu’il aurait pu recommander au comité exécutif le paiement de ce compte.

[168] The legal basis for the personal award that the Superior Court would have made against Mr. Thériault on an alternative basis if it had not allowed Octane's principal claim against the City is not clear from its reasons for judgment. The Court of Appeal did not address this point, since its dismissal of the City's appeal in the main file made Octane's appeal against Mr. Thériault moot (paras. 7 and 66). Octane's factum also does not specify the legal basis justifying a personal award against Mr. Thériault in lieu of the City. When counsel for Octane was asked about this at the hearing in this Court (transcript, at pp. 82-83 and 87-88), he stated that the only basis is art. 2158 C.C.Q.:

A mandatary who exceeds his powers is personally liable to the third person with whom he contracts, unless the third person was sufficiently aware of the mandate, or unless the mandator has ratified the acts performed by the mandatary.

[169] This article applies where a “mandatory . . . exceeds his powers”. It is not clear from this wording that art. 2158 C.C.Q. can apply in the total absence of any powers. As we noted above, Mr. Thériault had *no* delegation of powers authorizing him to make contracts on the City's behalf, since he was a political employee, not a municipal officer or employee (Sup. Ct., at paras. 62-66; ss. 114.7 and 477.2 C.T.A.). Nevertheless, certain judgments might support the position that art. 2158 C.C.Q. can apply even in the total absence of any powers: *Puits du Québec Inc. v. Lajoie*, [1986] J.Q. No. 447 (QL) (C.A.); *Sotramex Inc. v. Ste-Marthe-sur-le-Lac (Ville de)*, [1988] AZ-88021171 (Sup. Ct.).

[170] Be that as it may, art. 2158 C.C.Q. cannot apply in the particular circumstances of this case, because the onus was on Octane to ensure that the proper procedure would be followed in entering into the contract, and Octane cannot [TRANSLATION] “shift to [Mr. Thériault] the onus which rests on it” (*Tableaux Indicateurs International inc. v. Cité de Beauharnois*, Que. Sup. Ct., No. 13617, April 11,

[168] Le fondement juridique de la condamnation personnelle qu'aurait prononcée subsidiairement la Cour supérieure contre M. Thériault si elle n'avait pas accueilli la demande principale d'Octane contre la Ville ne ressort pas clairement des motifs de son jugement. La Cour d'appel ne s'est pas prononcée à ce sujet, car, vu son rejet de l'appel de la Ville dans le dossier principal, l'appel d'Octane contre M. Thériault devenait sans objet (par. 7 et 66). Dans son mémoire, Octane ne précise pas non plus le fondement juridique qui justifierait la condamnation personnelle de M. Thériault en lieu et place de la Ville. Questionné à ce sujet lors de l'audience devant nous (transcription, p. 82-83 et 87-88), le procureur d'Octane a affirmé que ce fondement se trouve uniquement dans l'art. 2158 C.c.Q. :

Le mandataire qui outrepassé ses pouvoirs est personnellement tenu envers le tiers avec qui il contracte, à moins que le tiers n'ait eu une connaissance suffisante du mandat, ou que le mandant n'ait ratifié les actes que le mandataire a accomplis.

[169] Cet article s'applique lorsqu'un « mandataire [. . .] outrepassé ses pouvoirs ». Il ne résulte pas clairement de ce libellé que l'art. 2158 C.c.Q. peut trouver application en l'absence totale de pouvoirs. Comme nous l'avons souligné plus haut, M. Thériault ne jouissait d'*aucune* délégation de pouvoirs l'autorisant à contracter au nom de la Ville, puisqu'il était un employé politique, et non un fonctionnaire ou un employé municipal (C.S., par. 62-66; art. 114.7 et 477.2 L.C.V.). Certains jugements seraient néanmoins susceptibles de soutenir la thèse selon laquelle l'art. 2158 C.c.Q. peut trouver application même en l'absence totale de pouvoirs : *Puits du Québec Inc. c. Lajoie*, [1986] J.Q. n° 447 (QL) (C.A.); *Sotramex Inc. c. Ste-Marthe-sur-le-Lac (Ville de)*, [1988] AZ-88021171 (C.S.).

[170] Quoi qu'il en soit, l'art. 2158 C.c.Q. ne saurait s'appliquer dans les circonstances particulières de la présente affaire, parce qu'Octane avait le fardeau de s'assurer que le contrat serait conclu selon la procédure régulière et qu'elle ne saurait « déplacer sur les épaules de [M. Thériault] le fardeau qui est le sien » (*Tableaux Indicateurs International inc. c. Cité de Beauharnois*, C.S. Québec, n° 13617, 11 avril 1975;

1975; 2736-4694 *Québec inc. v. Carleton — St-Omer (Ville de)*, 2006 QCCS 4726, at para. 108 (CanLII), aff'd 2007 QCCA 1789). With respect, it is apparent from the Superior Court's reasons for judgment that it tried to shift Octane's onus to Mr. Thériault, particularly when it stated (at para. 101) that [TRANSLATION] "[n]o one at the political or administrative level raised a red flag concerning the need for an invitation to tender or a public call for tenders" and (at para. 118) that Mr. Thériault "was . . . aware of the rules set out in the CTA". The onus was on Octane, not on Mr. Thériault, to ensure (1) that the person with whom Octane was dealing was authorized to act on behalf of the municipality, (2) that the City and its employees were acting within their powers, and (3) that all legal requirements for the formation or awarding of the contract were met (Héту and Duplessis, at para. 9.34).

[171] On another note, counsel for Octane did not try to persuade the Court during the hearing that Mr. Thériault had committed a fault for which he is extracontractually liable when he gave Octane an assurance that it would be paid, which assurance he reiterated on May 23, 2007 (transcript, at pp. 85, 87-88 and 94).

[172] In any case, even if Mr. Thériault had committed a fault in this regard, it would not have caused the injury suffered by Octane. The Superior Court did not specify when and in what circumstances Mr. Thériault had given Octane the initial assurance that it would be paid. The Superior Court simply stated that the assurance had been reiterated on May 23, 2007, before the last two payments to PGB. In this context, it seems that Octane (1) made a first payment to PGB, (2) entered into a contract with PGB and (3) provided the services to the City before Mr. Thériault gave it any kind of "assurance". There is therefore no causation, and Octane's appeal must be dismissed.

III. Conclusion

[173] In file No. 38066, the City's appeal should be allowed, and in file No. 38073, Octane's appeal

2736-4694 *Québec inc. c. Carleton — St-Omer (Ville de)*, 2006 QCCS 4726, par. 108 (CanLII), conf. par 2007 QCCA 1789). Avec égards, il ressort des motifs du jugement de la Cour supérieure qu'elle a tenté de déplacer le fardeau d'Octane sur les épaules de M. Thériault, en particulier lorsqu'elle affirme (par. 101) que « [p]ersonne au niveau politique ou au niveau administratif n'a soulevé le drapeau rouge pour souligner qu'il devait y avoir appel d'offres sur invitations ou appel d'offres public » ou encore (par. 118) que M. Thériault « était [. . .] au courant des règles prévues à la LCV ». C'est à Octane et non à M. Thériault qu'il incombait de s'assurer (1) que la personne avec laquelle Octane transigeait était autorisée à agir au nom de la municipalité, (2) que la Ville et ses préposés agissaient dans les limites de leurs pouvoirs, et (3) que toutes les conditions requises par la loi pour la formation ou l'adjudication du contrat étaient observées (Héту et Duplessis, par. 9.34).

[171] Dans un autre ordre d'idées, le procureur d'Octane n'a pas cherché à convaincre la Cour lors de l'audience que M. Thériault aurait commis une faute engageant sa responsabilité extracontractuelle lorsqu'il a donné l'assurance à Octane qu'elle serait payée, assurance renouvelée le 23 mai 2007 (transcription, p. 85, 87-88 et 94).

[172] Quoi qu'il en soit, même si M. Thériault avait commis une faute à cet égard, celle-ci n'aurait pas causé le dommage subi par Octane. La Cour supérieure n'a pas précisé quand, et dans quelles circonstances, M. Thériault aurait donné à Octane l'assurance initiale qu'elle serait payée. La Cour supérieure a simplement mentionné que l'assurance avait été renouvelée le 23 mai 2007, soit avant les deux derniers versements à PGB. Dans ce contexte, il semble qu'Octane (1) ait effectué un premier versement à PGB, (2) ait contracté avec PGB et (3) ait fourni les services à la Ville avant que M. Thériault ne lui ait donné quelque « assurance » que ce soit. La causalité fait donc défaut et l'appel d'Octane doit être rejeté.

III. Conclusion

[173] Dans le dossier n° 38066, l'appel de la Ville devrait être accueilli et, dans le dossier n° 38073,

should be dismissed, with costs to the City throughout.

Appeal of Ville de Montréal dismissed with costs, appeal of Octane Stratégie inc. moot, MOLDAVER, CÔTÉ and BROWN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant Ville de Montréal (38066) and the respondents Richard Thériault and Ville de Montréal (38073): Gagnier Guay Biron, Montréal.

Solicitors for the respondent (38066)/appellant (38073) Octane Stratégie inc.: GWBR, Westmount.

Solicitors for the intervener Union des municipalités du Québec (38066): Langlois Lawyers, Québec.

Solicitor for the intervener Ville de Laval (38066): Ville de Laval, Laval.

l'appel d'Octane devrait être rejeté, avec dépens en faveur de la Ville, devant toutes les cours.

Pourvoi de la Ville de Montréal rejeté avec dépens, pourvoi d'Octane Stratégie inc. sans objet, les juges MOLDAVER, CÔTÉ et BROWN sont dissidents.

Procureurs de l'appelante la Ville de Montréal (38066) et des intimés Richard Thériault et Ville de Montréal (38073) : Gagnier Guay Biron, Montréal.

Procureurs de l'intimée (38066)/appelante (38073) Octane Stratégie inc. : GWBR, Westmount.

Procureurs de l'intervenante l'Union des municipalités du Québec (38066) : Langlois avocats, Québec.

Procureur de l'intervenante la Ville de Laval (38066) : Ville de Laval, Laval.

**Desgagnés Transport Inc.,
Desgagnés Transarctik Inc.,
Navigation Desgagnés Inc.,
Lloyds Underwriters and Institute
of Lloyds Underwriters (ILU)
Companies Subscribing to Policy
Number B0856 09h0016 and Aim
Insurance (Barbados) SCC** *Appellants*

v.

**Wärtsilä Canada Inc. and
Wärtsilä Nederland B.V.** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario and
Attorney General of Quebec** *Interveners*

**INDEXED AS: DESGAGNÉS TRANSPORT INC. v.
WÄRTSILÄ CANADA INC.**

2019 SCC 58

File No.: 37873.

2019: January 24; 2019: November 28.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

Constitutional law — Division of powers — Navigation and shipping — Property and civil rights — Canadian non-statutory maritime law — Double aspect doctrine — Shipping company and supplier entering into contract for sale of marine engine parts for use on commercial vessel — Ship's main engine suffering major failure caused by latent defect in parts supplied — Shipping company commencing action against supplier for damages and lost profit — Choice of law clause providing that laws in force in Quebec govern contract — Whether body of law governing dispute falls within federal power over navigation and shipping or provincial power over property and civil rights — Whether Canadian maritime law or Quebec civil law governs contract — Constitution

**Transport Desgagnés inc.,
Desgagnés Transarctik inc.,
Navigation Desgagnés inc.,
Lloyds Underwriters and Institute
of Lloyds Underwriters (ILU)
Companies Subscribing to Policy
Number B0856 09h0016 et Aim
Insurance (Barbados) SCC** *Appelantes*

c.

**Wärtsilä Canada Inc. et
Wärtsilä Nederland B.V.** *Intimées*

et

**Procureur général de l'Ontario et
procureure générale du Québec** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : TRANSPORT DESGAGNÉS INC. c.
WÄRTSILÄ CANADA INC.**

2019 CSC 58

N° du greffe : 37873.

2019 : 24 janvier; 2019 : 28 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Navigation et bâtiments ou navires — Propriété et droits civils — Droit maritime canadien non statutaire — Théorie du double aspect — Contrat conclu entre une entreprise de transport maritime et un fournisseur visant la vente de pièces de moteur de navire destinées à un bâtiment commercial — Bris majeur du moteur principal du navire causé par un vice caché dans les pièces fournies — Action intentée par l'entreprise de transport maritime contre le fournisseur pour les dommages et pertes de profits subis — Clause de désignation du droit applicable prévoyant que les lois en vigueur au Québec régissent le contrat — L'ensemble de règles de droit régissant le conflit relève-t-il de la compétence fédérale sur la navigation et

Act, 1867, ss. 91(10), 92(13) — Civil Code of Québec, art. 1733.

In October 2006, an accident damaged the crankshaft and the bedplate of the main engine of a shipping company's ship. The shipping company opted to purchase a re-conditioned crankshaft from a supplier. The parties entered into a contract which was formed in Montréal, Quebec, the supplier's place of business. It contained a six-month warranty, and limited the supplier's liability to €50,000. The choice of law clause in the agreement indicated that the contract was to be governed by the laws in force at the office of the supplier. Well after the warranty expired, the ship's main engine suffered a major failure. The shipping company sued the supplier, founding its claim upon a latent defect in the engine parts purchased from the supplier.

The trial judge concluded that the crankshaft sold by the supplier contained a latent defect that caused the damage to the ship. She then determined that the dispute was governed by the *Civil Code of Québec* ("C.C.Q."), rather than Canadian maritime law. She was of the view that while the dispute over the sale was related to maritime activities, it was not integrally connected to them. Accordingly, the limitation of liability clause in the parties' contract was unenforceable and the supplier was liable for the full quantum of damages. The majority of the Court of Appeal allowed the appeal in part. It found that Canadian maritime law governed the dispute, and hence that the supplier was entitled to rely on the limitation of liability clause, which restricted its liability to €50,000. The shipping company appeals to the Court.

Held: The appeal should be allowed and the trial judge's conclusions restored.

Per Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Rowe and Martin JJ.: The C.C.Q. governs this dispute. Therefore, the supplier cannot rely on the limitation of liability clause in the parties' contract. The sale of marine engine parts intended for use on a commercial vessel is sufficiently and integrally connected to navigation and shipping so as to come within federal legislative authority under the federal power enumerated at s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, and therefore be validly governed by Canadian

les bâtiments ou navires ou de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils? — Le contrat est-il régi par le droit maritime canadien ou par le droit civil du Québec ou des deux? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(10), 92(13) — Code civil du Québec, art. 1733.

En octobre 2006, un accident a endommagé le vilebrequin et l'assise du moteur principal d'un navire appartenant à une entreprise de marine marchande. Celle-ci a choisi d'acquérir un vilebrequin remis à neuf auprès d'un fournisseur. Les parties ont conclu un contrat à Montréal, au Québec, le lieu d'affaires du fournisseur. Le contrat était assorti d'une garantie de six mois, et la responsabilité du fournisseur y était limitée à 50 000 €. La clause de désignation du droit applicable dans le contrat stipule qu'il devait être régi par les lois en vigueur à l'endroit où est établi le siège social du fournisseur. Bien après l'expiration de la garantie, le moteur principal du navire a subi un bris majeur. L'entreprise de marine marchande a intenté une action contre le fournisseur, fondant sa demande sur un vice caché entachant les pièces de moteur achetées du fournisseur.

La juge de première instance a conclu que le vilebrequin vendu par le fournisseur comportait un vice caché qui avait causé les dommages au navire. Elle a ensuite conclu que le litige était régi par le *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »), plutôt que par le droit maritime canadien. À son avis, bien que le litige relatif à la vente se rattachait à des activités maritimes, il n'était pas intégralement lié à ces activités. En conséquence, la clause de limitation de responsabilité dans le contrat conclu entre les parties était inexécutoire et le fournisseur était responsable du plein montant des dommages-intérêts. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli l'appel en partie. Ils ont conclu que la demande était régie par le droit maritime canadien, et donc que le fournisseur était justifié d'invoquer la clause de limitation de responsabilité qui limitait sa responsabilité à 50 000 €. L'entreprise de transport maritime se pourvoit devant la Cour.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et les conclusions de la juge de première instance sont rétablies.

Les juges Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Rowe et Martin : Le C.c.Q. régit ce litige. En conséquence, le fournisseur ne peut se prévaloir de la clause de limitation de responsabilité qui figure dans le contrat conclu entre les parties. La vente de pièces de moteur de navire destinées à un bâtiment commercial est suffisamment et intégralement liée à la navigation et aux bâtiments ou navires pour relever de la compétence législative fédérale indiquée au par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et donc

maritime law. However, art. 1733 *C.C.Q.* which pertains to warranties in contracts of sale, is also a validly enacted provincial law that, in pith and substance, concerns a matter of property and civil rights pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, and that remains applicable and operative. The sale of marine engine parts thus gives rise to a double aspect scenario: a non-statutory body of federal law and a provincial law both validly directed at the same fact situation overlap. Neither interjurisdictional immunity nor federal paramountcy ousts the application of art. 1733 *C.C.Q.*; it is therefore ultimately the law governing this dispute. Since art. 1733 is a legislative enactment, Canadian non-statutory maritime law does not prevail over it.

Canadian maritime law is a comprehensive body of federal law, uniform throughout Canada, that purports to govern and to deal with all claims in respect of maritime and admiralty matters, subject only to the scope of the federal power over navigation and shipping under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*. Much of Canadian maritime law is non-statutory law, meaning that its principles are derived from precedent and custom and that it is liable to be developed judicially unless it is supplanted by validly enacted federal legislation. Canadian maritime law exists as a body of law with its own distinct identity, in parallel to the common law. When Canadian maritime law validly governs a dispute, that body of law represents a seamless and ubiquitous web that is capable of resolving any legal dispute falling within the scope of its application because Canadian maritime law develops rules by analogy where a matter falls within its ambit. In order to ascertain whether Canadian maritime law may apply to a dispute, it is necessary to determine whether the matter comes within the scope of navigation and shipping under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*. Canadian maritime law governs any matter that is integrally connected to maritime or admiralty matters. Its non-statutory scope is established by case law.

The two stages of the division of powers analysis are characterizing the matter at issue and classifying it according to the different heads of legislative power. This analysis takes on a particular form where navigation and shipping — and more particularly, Canadian non-statutory maritime law — is concerned. When it comes to a dispute purportedly governed by Canadian maritime law, courts must determine, on a case-by-case basis, whether

être valablement régie par le droit maritime canadien. Toutefois, l'art. 1733 *C.c.Q.*, qui porte sur les clauses de garantie figurant dans les contrats de vente, est également une disposition législative provinciale valablement adoptée qui, de par son caractère véritable, touche à la propriété et aux droits civils aux termes du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et demeure applicable et opérante. La vente de pièces de moteur de navire présente donc un double aspect : un ensemble de règles de droit fédérales de source non statutaire et une disposition législative provinciale visant valablement la même situation de fait se chevauchent. Ni la doctrine de l'exclusivité des compétences ni celle de la prépondérance fédérale n'écartent l'application de l'art. 1733 *C.c.Q.*; il est donc en définitive la disposition qui régit le présent litige, car étant donné que l'art. 1733 est un texte législatif, le droit maritime canadien non statutaire ne peut l'emporter sur lui.

Le droit maritime canadien est un ensemble complet de règles de droit fédérales, uniformes partout au Canada, qui a pour objet de régir toutes les demandes en matière maritime et d'amirauté, sous réserve seulement de la portée de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires prévue au par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Une grande partie du droit maritime canadien est d'origine non statutaire, c'est-à-dire que ses principes sont tirés de la jurisprudence et des coutumes et qu'il est susceptible d'évoluer au gré de la jurisprudence tant et aussi longtemps qu'il ne sera pas remplacé par une loi fédérale valablement adoptée. Le droit maritime canadien existe en tant qu'ensemble de règles de droit ayant une identité distincte, parallèlement à la common law. Lorsque le droit maritime canadien régit valablement un litige, il forme un ensemble de règles homogènes et universelles qui permet de résoudre tout différend juridique relevant de son champ d'application parce que ses règles sont élaborées par analogie lorsqu'une affaire relève de son champ d'application. Afin d'établir si le droit maritime canadien peut s'appliquer à un litige, il faut se demander si l'affaire relève de la compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires prévue au par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le droit maritime canadien régit toute demande qui est intégralement liée aux affaires maritimes ou d'amirauté. Sa portée non statutaire est établie par la jurisprudence.

Les deux étapes de l'analyse du partage des compétences sont la qualification de la matière en cause et la classification de cette matière en fonction des différents chefs de compétence législative. Cette analyse prend une forme particulière lorsqu'il est question de navigation et de bâtiments ou navires — et plus particulièrement, de droit maritime canadien non statutaire. Lorsqu'il s'agit d'un litige qui peut être régi par le droit maritime canadien, les

Canadian maritime law can validly extend to that dispute. Where the purportedly applicable Canadian maritime law is non-statutory, characterization is crucial; the matter should be characterized by looking at the substantive law at issue and to the particular fact situation. Where the dispute is one in contract, what matters is the nature of the agreement at issue — as understood in light of the terms of the contract, its purpose, and the circumstances in which it was formed. The matter must always be characterized with precision for the sufficiency of the connection with the federal power over navigation and shipping to be properly assessed. The maritime context at issue must be identified narrowly enough to make it possible to determine, at the classification stage, whether the matter comes within the federal power over navigation and shipping. In the present case, the matter at issue can be characterized, with sufficient precision, as the sale of marine engine parts intended for use on a commercial vessel.

The second stage, described as classification, requires courts to determine the classes of subjects into which the matter falls. It may require considering the scope of the relevant head of power. The application of specific tests stating the scope of the particular powers is rather common and often necessary to the proper working of the division of powers. Parliament's power over navigation and shipping has been broadly construed in recognition of the national importance of the maritime industry, thereby permitting the development of uniform legal rules that apply across Canada. However, broad federal powers must necessarily be kept within proper bounds, especially where they have the potential to overlap significantly with provincial powers, as with navigation and shipping. This head of power is not defined by reference to a discrete area of law but instead covers activities. Consequently, Parliament can legislate, through public law and private law rules, so as to establish the framework of legal relationships arising out of navigation and shipping activities, thereby bringing within federal legislative authority matters that would otherwise fall within provincial legislative authority. Insofar as contract rules and principles are directed at activities that are integral to navigation and shipping, they can come within federal legislative authority. This interpretation of federal legislative authority is specific to navigation and shipping.

tribunaux doivent déterminer au cas par cas si le droit maritime canadien peut valablement s'y appliquer. Lorsque le droit maritime canadien prétendument applicable est non statutaire, la qualification est essentielle; il faut qualifier la matière au moyen de l'examen du droit substantiel en cause et de la situation factuelle donnée. Lorsque le litige est d'ordre contractuel, ce qui importe, c'est la nature de l'entente en cause — interprétée à la lumière des modalités et de l'objet du contrat ainsi que des circonstances dans lesquelles il a été conclu. Il faut qualifier la matière avec précision afin que le caractère suffisant du lien avec la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires puisse être correctement évalué. Le contexte maritime en cause doit nécessairement être assez restreint pour qu'il soit possible d'établir, à l'étape de la classification, si la matière relève de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires. Dans la présente affaire, la matière en cause peut être qualifiée, avec la précision nécessaire, de vente de pièces de moteur de navire destinées à un bâtiment commercial.

La deuxième étape, décrite comme la classification, exige que les tribunaux déterminent de quelle catégorie de sujets la matière relève. Il peut être nécessaire d'examiner la portée du chef de compétence pertinent. L'application de critères précis énonçant la portée des compétences particulières est plutôt courante et souvent nécessaire au bon fonctionnement du partage des compétences. La compétence du Parlement en matière de navigation et de bâtiments ou navires a été interprétée de façon large pour tenir compte de l'importance nationale de l'industrie maritime, favorisant ainsi l'élaboration de règles uniformes applicables partout au Canada. Toutefois, les vastes compétences du fédéral doivent nécessairement demeurer dans les limites qui s'imposent, surtout lorsqu'elles ont le potentiel d'empiéter considérablement sur les compétences des provinces, comme dans le cas de la navigation et des bâtiments ou navires. Ce chef de compétence n'est pas défini par renvoi à un domaine précis du droit mais vise plutôt des activités. En conséquence, le Parlement peut légiférer, par l'adoption de règles de droit public et par l'adoption de règles de droit privé, de façon à établir le cadre des relations juridiques découlant des activités propres à la navigation et aux bâtiments ou navires, et faire ainsi entrer dans le champ de compétence législative fédérale des matières qui seraient par ailleurs assujetties à la compétence législative provinciale. Dans la mesure où les règles et principes contractuels visent des activités qui font partie intégrante du domaine de la navigation et des bâtiments ou navires, ils peuvent relever de la compétence législative fédérale. Cette interprétation de la compétence législative fédérale vise expressément la navigation et les bâtiments ou navires.

The integral connection approach should be used to assist in determining whether a matter properly comes within the navigation and shipping power. The ultimate question is whether the maritime elements of the matter are sufficient to render it integrally connected to the navigation and shipping head of power. This test is important for the purpose of avoiding an encroachment on matters coming within provincial legislative authority and it must be applied rigorously to avoid expanding the federal power over matters that are only remotely related to navigation and shipping. The integral connection test encompasses a number of non-exhaustive factors, which may receive different weight depending on the facts of a given case. In the present case, the factors relevant to the integral connection test overwhelmingly support the view that the sale of marine engine parts intended for use on a commercial vessel is integrally connected to navigation and shipping.

A finding that Canadian maritime law can validly regulate a dispute does not end the analysis in the presence of an overlapping provincial rule. The division of powers analysis that unfolds from the modern conception of federalism expressed in *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, applies to the overlap between navigation and shipping and provincial heads of power, just as it does for other classes of subjects under the *Constitution Act, 1867*. The double aspect doctrine recognizes that the same fact situations can be regulated from different perspectives, one of which may relate to a provincial power and the other to a federal power. The federal power over navigation and shipping is not watertight and remains subject to this flexible understanding of the division of powers. A valid provincial enactment will be allowed to have incidental effects on a federal head of power unless either interjurisdictional immunity or federal paramountcy are found to apply. It follows that these doctrines must be applied to navigation and shipping in the same way as in all division of powers cases.

The sale of goods is a matter that comes plainly within the provincial power over property and civil rights under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. The mere fact that such a matter, in the context of a sale of marine engine parts, also falls under the navigation and shipping power does not undermine the validity of the relevant *C.C.Q.* provisions. In the present case, the sale of marine engine parts for use on a commercial vessel can be addressed both

Le test du lien intégral devrait être utilisé pour établir si une matière relève bien de la compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires. Il faut en définitive établir si les éléments maritimes de la matière sont suffisants pour que celle-ci soit intégralement liée au chef de compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires. Ce test est important pour éviter tout empiètement sur des matières relevant de la compétence législative provinciale et il doit être appliqué rigoureusement pour éviter que la compétence fédérale englobe des matières qui ne se rattachent que vaguement à la navigation et aux bâtiments ou navires. Le test du lien intégral englobe plusieurs facteurs non exhaustifs qui peuvent recevoir une importance différente selon les faits dans un cas donné. En l'espèce, les facteurs pertinents quant au test du lien intégral étayaient abondamment l'opinion selon laquelle la vente de pièces de moteur de navire destinées à un bâtiment commercial est intégralement liée à la navigation et aux bâtiments ou navires.

La conclusion selon laquelle le droit maritime canadien peut régir valablement un litige ne met pas fin à l'analyse lorsqu'il y a chevauchement avec une règle provinciale. L'analyse du partage des compétences qui s'articule autour de la conception moderne du fédéralisme exprimée par la Cour dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, s'applique au chevauchement entre la compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires et la compétence provinciale, tout comme elle s'applique aux autres catégories de sujets énumérés dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. La théorie du double aspect reconnaît que des situations de fait identiques peuvent être réglementées suivant des perspectives différentes, l'une relevant d'une compétence provinciale et l'autre, d'une compétence fédérale. La compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires n'est pas étanche et demeure assujettie à cette conception souple du partage des compétences. Un texte législatif provincial valide pourra avoir des effets accessoires sur un chef de compétence fédérale à moins qu'il soit conclu que la doctrine de l'exclusivité des compétences ou celle de la prépondérance fédérale s'applique. Il s'ensuit que ces doctrines doivent s'appliquer à la navigation et aux bâtiments ou navires de la même façon que dans tous les cas de partage des compétences.

La vente de marchandises est une matière qui relève clairement de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils prévue au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le simple fait que cette matière, dans le contexte de la vente de pièces de moteur de navire, relève également de la compétence relative à la navigation et aux bâtiments ou navires ne compromet pas la validité des dispositions pertinentes du *C.c.Q.* Dans la présente

from the broad perspective of regulating the sale of goods, which constitutes an exercise of the provincial power over property and civil rights, and from the narrower perspective of the exercise of the federal power over navigation and shipping. The two sets of contract rules and principles are thus valid.

According to the doctrine of interjurisdictional immunity, the core of exclusive heads of power under the *Constitution Act, 1867*, can be protected from the effects of a law validly enacted by the other order of government. If the doctrine is found to apply, the impugned provisions remain valid but are declared inapplicable to matters that would fall under the core of the exclusive head of power of the other order of government. For the doctrine to apply, the impugned provision must trench on the core of an exclusive head of power under the *Constitution Act, 1867* and the effect of this overlap must impair the exercise of the core of the head of power. It is necessary to identify the essential, vital elements of the head of power in question by reference to the jurisprudence. The core of the head of power is necessarily narrower than the scope of the power, here reflected in the integral connection test. The core of navigation and shipping does not apply to the contractual issues raised by the current claim as it is not essential for the exercise of federal competence over navigation and shipping that only one body of law — Canadian maritime law — regulate contracts of sale for commercial marine equipment. Interjurisdictional immunity therefore does not apply in this case.

According to the doctrine of federal paramountcy, when valid provincial and federal legislation are incompatible, the federal law prevails and the provincial law is declared inoperative to the extent of the conflict. The purpose of the federal paramountcy doctrine is to ensure that federal legislative intent will prevail when it conflicts with valid provincial laws. However, to have rules that are created by courts prevail over valid legislation would upset the proper interaction in common law systems between rules created by courts and those enacted by legislative authorities. It would therefore run contrary to the purpose of the paramountcy doctrine to declare that the non-statutory rules of Canadian maritime law can prevail over valid provincial legislation. The paramount position of federal legislative intent over provincial legislative intent in certain

affaire, la vente de pièces de moteur de navire destinées à un bâtiment commercial peut être abordée à la fois selon la perspective générale de la réglementation de la vente de marchandises, qui constitue un exercice de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils, et selon la perspective plus étroite de l'exercice de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires. Les deux ensembles de règles et de principes contractuels sont donc valides.

Suivant la doctrine de l'exclusivité des compétences, le contenu essentiel des chefs de compétence exclusive prévus dans la *Loi constitutionnelle de 1867* peut être protégé contre les effets d'une loi valablement adoptée par l'autre ordre de gouvernement. S'il est conclu que la doctrine s'applique, les dispositions contestées demeurent valides, mais sont déclarées inapplicables aux matières qui relèveraient du contenu essentiel de la compétence exclusive de l'autre ordre de gouvernement. Pour que la doctrine s'applique, la disposition contestée doit empiéter sur le contenu essentiel d'un chef de compétence exclusive prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et cet empiètement doit entraver l'exercice d'une activité relevant du contenu essentiel du chef de compétence. Il est essentiel de définir les éléments essentiels et vitaux du chef de compétence en cause en se reportant à la jurisprudence. Le contenu essentiel du chef de compétence est nécessairement plus étroit que la portée de la compétence, qui ressort ici du test du lien intégral. Le contenu essentiel de la navigation et des bâtiments ou navires ne s'applique pas aux questions contractuelles soulevées par la demande en question, car il n'est pas essentiel à l'exercice de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires qu'un seul ensemble de règles de droit — le droit maritime canadien — réglemente les contrats de vente d'équipement destiné à un navire commercial. L'exclusivité des compétences ne s'applique donc pas en l'espèce.

Selon la doctrine de la prépondérance fédérale, lorsque des lois provinciales et fédérales valides sont incompatibles, la loi fédérale l'emporte et la loi provinciale est déclarée inopérante dans la mesure du conflit. La doctrine de la prépondérance fédérale vise à ce que l'intention du législateur fédéral l'emporte en cas de conflit avec une loi provinciale valide. Cependant, le fait que des règles créées par des tribunaux aient préséance sur une loi valide perturberait l'interaction qui doit exister dans les régimes de common law entre les règles créées par les tribunaux et celles adoptées par les autorités législatives. Il serait donc contraire à l'objet de la doctrine de la prépondérance fédérale de déclarer que les règles non statutaires du droit maritime canadien peuvent l'emporter sur des lois provinciales valides. La prépondérance de l'intention

circumstances cannot be extended to the law developed by courts who exercise admiralty jurisdiction in Canada. As the rules of Canadian maritime law that would arguably be applicable in this case are non-statutory, this case does not present a conflict between a provincial and a federal law so as to trigger the doctrine of federal paramountcy. Article 1733 *C.C.Q.* is therefore operative and governs the dispute between the shipping company and the supplier.

Per Wagner C.J. and Abella and Brown JJ.: There is agreement with the majority that the *C.C.Q.* governs the shipping company's claims and that the appeal should therefore be allowed. However, the division of powers issues raised by this appeal are to be resolved as they are in respect of any head of power — that is, by applying the pith and substance test. While the claim at issue in this case touches upon issues of navigation and shipping, it raises, in pith and substance, a matter coming within property and civil rights, in relation to which the National Assembly of Quebec exclusively may make laws. Accordingly, by operation of arts. 1729 and 1733 of the *C.C.Q.*, the supplier, as a “professional seller”, cannot rely on its contractual limitation of liability, and the shipping company is entitled to the full agreed-upon quantum of damages.

The pith and substance test applies to determining whether a matter comes within navigation and shipping within the meaning of s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, just as it applies to determining whether a matter comes within any other head of power. Applying the pith and substance test typically begins by characterizing an impugned law or provision in order to assign it to a head of power since, in most cases, courts are presented with a law enacted either by Parliament or a provincial legislature, and the parties' dispute is over whether that law is *intra vires* or *ultra vires* its enacting body. However, where, as in this case, there is no law to assign to either of those heads of power but rather a claim for damages and loss of profit, the division of powers analysis requires identification of the subject matter engaged by the claim, which must be assigned to one of the Constitution's heads of power. Whether the matter is raised by a law or a claim does not change which order of government has the constitutional authority to legislate with respect to the matter. In many cases, identifying the matter at issue will resolve the allocation of the matter to a head of power with little

législative fédérale sur l'intention législative provinciale dans certaines circonstances ne peut s'étendre aux règles de droit élaborées par les tribunaux ayant compétence en matière d'amirauté au Canada. Puisque les règles du droit maritime canadien qui pourraient être applicables en l'espèce sont non statutaires, la présente affaire ne présente pas de conflit entre une loi provinciale et une loi fédérale qui ferait intervenir la doctrine de la prépondérance fédérale. L'article 1733 *C.c.Q.* est donc opérant et régit le litige opposant l'entreprise de transport maritime et le fournisseur.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella et Brown : Il y a accord avec la majorité pour dire que le *C.c.Q.* régit les demandes de l'entreprise de marine marchande et que le pourvoi devrait donc être accueilli. Toutefois, les questions sur le partage des compétences soulevées dans le présent pourvoi doivent être tranchées de la même manière qu'elles le sont relativement à tout autre chef de compétence, soit au moyen de l'application du critère du caractère véritable. Bien que la demande en l'espèce touche à des questions relatives à la navigation et aux bâtiments ou navires, elle concerne, de par son caractère véritable, une matière relevant de la propriété et des droits civils, à l'égard de laquelle l'Assemblée nationale du Québec a le pouvoir exclusif de légiférer. En conséquence, par application des art. 1729 et 1733 du *C.c.Q.*, le fournisseur, en tant que « vendeur professionnel », ne peut se prévaloir de la clause de limitation de responsabilité et l'entreprise de marine marchande est en droit de recevoir la totalité du montant convenu des dommages-intérêts.

Le critère du caractère véritable s'applique pour établir si une matière relève de la compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires prévue au par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, tout comme il s'applique pour établir si une matière relève de tout autre chef de compétence. L'application du critère du caractère véritable commence normalement par la qualification de la loi ou de la disposition contestée afin qu'elle soit rattachée à un chef de compétence car, dans la plupart des affaires, les tribunaux sont appelés à examiner une loi édictée par le Parlement ou une législature provinciale, et le litige opposant les parties porte sur la question de savoir si cette loi relève ou non de la compétence de l'organisme qui l'a adoptée. Cependant, lorsque, comme en l'espèce, il n'est pas question d'une loi qui doit être rattachée à l'un ou l'autre de ces chefs de compétence mais plutôt d'une demande en dommages-intérêts pour la perte de profits, l'analyse du partage des compétences exige la détermination de la matière de la demande, qu'il faut rattacher à l'un des chefs de compétence énoncés dans la Constitution. Que la matière soit soulevée par une loi ou

difficulty. Examining a claim, rather than a statute, to determine the matter at issue is frequently required in cases in which it is alleged by one party that a matter falls within Parliament's authority over navigation and shipping, much of the law relied upon by litigants and courts in navigation and shipping cases is non-statutory. There is disagreement with the majority that the issue is about jurisdiction over a substantive body of law rather than jurisdiction over a claim. The majority analyzes the dispute between the parties (i.e., the law as applied to the facts), which is indistinguishable from characterizing a claim and entails the same inquiry.

Having identified the relevant matter, a court must determine which level of government has legislative authority in relation thereto. Depending on these determinations, however — the matter and which level of government holds legislative authority — the analysis as to the applicable law may not end there. Recourse to constitutional doctrines such as paramountcy and interjurisdictional immunity may be necessary. These constitutional doctrines apply to matters said to come within Parliament's power over navigation and shipping, as they would apply to any matter said to come within any other head of power.

Section 22 of the *Federal Courts Act* (“FCA”) does not, and cannot, define the scope of Parliament's legislative authority over navigation and shipping. It is merely a statutory grant of jurisdiction by Parliament to the Federal Court. While Canadian maritime law is a body of federal law which governs matters falling within s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, it is the head of power itself — that is, navigation and shipping — which defines the boundaries of federal jurisdiction. Merely because a matter arises in a maritime context does not automatically consign the matter to navigation and shipping. Although s. 22 of the FCA may represent Parliament's considered view of what constitutes “Canadian maritime law”, it cannot be taken as stating the content of Parliament's legislative authority over navigation and shipping under s. 91(10). It does not define Canadian maritime law or create operative law. The division of powers inquiry does not end simply because a claim can be shown to fall within s. 22(2); a mere grant of jurisdiction to the Federal Court is ineffective without an

par une demande ne change pas l'ordre de gouvernement qui a le pouvoir constitutionnel de légiférer à l'égard de cette matière. Dans bien des cas, le fait de dégager la matière en cause permettra de la rattacher sans difficulté à un chef de compétence. Il est souvent nécessaire d'examiner la demande, plutôt qu'une loi, pour déterminer la matière en cause dans les cas où une partie allègue que la matière relève du pouvoir du Parlement sur la navigation et les bâtiments ou navires, étant donné qu'une bonne partie du droit sur lequel se fondent les parties et les tribunaux dans les affaires portant sur la navigation et les bâtiments ou navires n'est pas de nature législative. Il y a désaccord avec les juges majoritaires pour dire que la question porte sur la compétence à l'égard d'un ensemble de règles de droit substantiel plutôt que sur la compétence à l'égard d'une demande. Les juges majoritaires analysent le litige entre les parties (c.-à-d. le droit appliqué aux faits), qui est indissociable de la qualification d'une demande et entraîne le même examen.

Après avoir établi la matière en cause, le tribunal doit déterminer l'ordre de gouvernement qui a compétence pour légiférer à l'égard de celle-ci. Toutefois, selon ces décisions — sur la matière en cause et sur l'ordre de gouvernement qui a compétence — il est possible que l'analyse du droit applicable ne soit pas terminée. Le recours aux doctrines constitutionnelles, comme celle de la prépondérance et celle de l'exclusivité des compétences, pourrait être nécessaire. Ces doctrines constitutionnelles s'appliquent aux matières qui relèvent de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires, comme elles s'appliquent à toute matière qui relèverait d'un autre chef de compétence.

L'article 22 de la *Loi sur les Cours fédérales* (« LCF ») ne définit pas, et ne peut définir, l'étendue de la compétence législative du Parlement sur la navigation et les bâtiments ou navires. Il constitue simplement une attribution de compétence que le Parlement accorde à la Cour fédérale. Bien que le droit maritime canadien soit un ensemble de règles de droit fédérales qui s'appliquent aux matières relevant du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, c'est le chef de compétence lui-même — c.-à-d., la navigation et les bâtiments ou navires — qui délimite la compétence fédérale. Ce n'est pas parce qu'une affaire survient dans un contexte maritime qu'elle se rattache automatiquement à la navigation et aux bâtiments ou navires. Bien que l'art. 22 de la LCF représente l'opinion réfléchie du législateur sur ce qui constitue le « droit maritime canadien », on ne peut affirmer qu'il énonce la teneur de la compétence législative du Parlement sur la navigation et les bâtiments ou navires prévue au par. 91(10). Il ne définit pas le droit maritime canadien et ne crée pas de règle de

existing body of federal law to nourish the statutory grant of jurisdiction. Parliament may not, by enactment, define the scope of its legislative authority so as to displace the operation of the pith and substance test as the means by which a matter is determined to come within or fall outside that legislative authority. The fact of a legislative grant of jurisdiction to the Federal Court is therefore legally insignificant to a division of powers analysis.

Where a matter is said to come within Parliament's legislative authority over navigation and shipping, there is no logical basis to apply a different test based on whether an integral connection to Canadian maritime law is shown. A division of powers analysis always entails applying the pith and substance test. One cannot apply the pith and substance test to determine whether a matter comes within provincial legislative authority, while applying a different test to determine whether it comes within federal legislative authority. The division of powers analysis is a single determination, made by applying a single test, about which heads of power a particular matter comes within. The integral connection test superimposes an additional test onto the pith and substance test; it speaks not to whether a particular activity falls within s. 91(10), but to the depth of the connection between that activity and the federal power over navigation and shipping. No such test exists for the other heads of power, and no such test should be applied in determining whether a matter falls within Parliament's legislative authority over navigation and shipping.

Concerns for uniformity cannot drive the division of powers analysis. Uniformity of maritime law is an important consideration in deciding the scope of Parliament's legislative authority over navigation and shipping. It properly drives how matters falling within federal heads of power are treated, particularly where the laws governing such subject matters apply across provincial boundaries. However, uniformity does not drive the prior inquiry into whether matters come within those federal heads of power at all. Concerns for uniform treatment of matters coming within a federal head of power such as navigation and shipping cannot always prevail, so as to oust provincial laws of general application. Section 91(10) is not a watertight compartment granting authority for federal laws

droit applicable. L'analyse du partage des compétences ne prend pas fin simplement parce qu'il peut être démontré qu'une demande relève du par. 22(2); une simple attribution de compétence à la Cour fédérale est inefficace s'il n'existe pas un ensemble de règles de droit fédérales qui constitue le fondement de l'attribution législative de compétence. Le Parlement ne peut, au moyen d'une loi, définir la portée de sa compétence législative de manière à écarter l'application du critère du caractère véritable, en tant que moyen d'établir si une matière relève ou non de cette compétence législative. L'attribution législative de compétence à la Cour fédérale n'a donc aucune valeur juridique dans l'analyse du partage des compétences.

Lorsqu'une matière relève de la compétence législative du Parlement sur la navigation et les bâtiments ou navires, il n'y a aucune raison logique d'appliquer un critère différent fondé sur la démonstration de l'existence d'un lien intégral avec le droit maritime canadien. L'analyse du partage des compétences comporte toujours l'application du critère du caractère véritable. On ne peut appliquer le critère du caractère véritable pour établir si une matière relève de la compétence législative provinciale et appliquer un autre critère pour établir si cette même matière relève de la compétence législative fédérale. L'analyse du partage des compétences est une seule décision, prise en fonction d'un critère unique, qui déterminera de quels chefs de compétence relève la matière en cause. Le critère du lien intégral superpose un test supplémentaire au critère du caractère véritable; il ne se rapporte pas à la question de savoir si une activité précise relève du par. 91(10), mais plutôt à la profondeur du lien entre cette activité et la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires. Un tel critère n'existe pas pour les autres chefs de compétence, et un tel critère ne devrait pas être appliqué pour décider si une matière relève de la compétence législative du Parlement sur la navigation et les bâtiments ou navires.

Le souci d'uniformité ne peut pas guider l'analyse du partage des compétences. L'uniformité du droit maritime est un facteur important pour déterminer l'étendue de la compétence législative du Parlement en matière de navigation et de bâtiments ou navires. Il guide la manière dont sont traitées les matières qui relèvent de chefs de compétence fédérale, particulièrement lorsque les lois qui régissent de telles matières doivent nécessairement s'appliquer dans toutes les provinces. Cependant, le souci d'uniformité ne guide pas l'analyse préalable sur la question de savoir si les matières relèvent même de ces chefs de compétence. Le souci du traitement uniforme des matières qui relèvent d'un chef de compétence fédérale comme la navigation et les bâtiments ou navires ne peut toujours

whose operation cannot be incidentally affected by provincial heads of power. Such an understanding of s. 91(10) would be squarely opposed to the Court's jurisprudence on federalism, and to the modern realities of the Canadian federation. The Court has held that the law favours, where possible, the concurrent exercise of power by both levels of government. There is room for the application of provincial laws in the maritime context. Although this leaves the doctrine of interjurisdictional immunity with an exceedingly limited role in the division of powers analysis, this is not cause for concern. Interjurisdictional immunity should not be the first recourse in a division of powers dispute — a broad application of interjurisdictional immunity is inconsistent with the notion of flexible federalism and fails to account for the fact that overlapping powers are unavoidable.

Resort to the dominant tide of pith and substance should be favoured over resort to interjurisdictional immunity, which forms a mere undertow of federalism jurisprudence. Attempting to define a core of federal jurisdiction poses dangers, particularly in the context of broad and general heads of federal power that apply to numerous activities. Courts must thus be especially cautious when attempting to define the core of navigation and shipping, as the federal head of power over navigation and shipping is undeniably broad. Interjurisdictional immunity risks creating serious uncertainty and, Parliament can always make its legislation sufficiently precise to leave those subject to it with no doubt as to the application of provincial legislation.

While the scope of legislative authority conferred upon Parliament in relation to navigation and shipping is undeniably broad, courts must be careful to ensure that it does not swallow up matters that fall within provincial legislative authority, whether over property and civil rights, or other provincial heads of power. The first step in determining the matter raised by the shipping company's claim is to characterize the nature of the contract. The claims arising in this case relate to the contractual terms agreed to between the parties pursuant to a contract for the sale of goods. As such, the matter at issue is the sale of goods, albeit in the maritime context. This characterization is

s'imposer, de manière à écarter les lois provinciales d'application générale. Le paragraphe 91(10) n'est pas une disposition étanche qui confère compétence aux lois fédérales, dont l'application ne peut être accessoirement touchée par les chefs de compétence provinciale. Une telle interprétation du par. 91(10) irait carrément à l'encontre de la jurisprudence de la Cour sur le fédéralisme, et des réalités contemporaines de la fédération canadienne. La Cour a jugé que le droit privilégié, dans la mesure du possible, l'exercice concurrent du pouvoir par les deux ordres de gouvernement. Il y a de la place pour l'application des lois provinciales dans le contexte maritime. Bien que cela restreigne considérablement le rôle que joue la doctrine de l'exclusivité des compétences dans l'analyse du partage de ces dernières, il n'y a pas lieu de s'en inquiéter. La doctrine de l'exclusivité des compétences ne devrait pas être la première doctrine examinée dans le cadre d'un différend sur le partage des compétences — une application large du principe de l'exclusivité des compétences est contraire au fédéralisme souple et ne tient pas compte des inévitables chevauchements de compétences.

Le recours au courant dominant du caractère véritable devrait être privilégié au lieu du recours à la doctrine de l'exclusivité des compétences, qui n'est qu'un contre-courant de la jurisprudence sur le fédéralisme. Tenter de définir le contenu essentiel d'une compétence fédérale présente des dangers, particulièrement dans le contexte de compétences fédérales larges et généraux qui s'appliquent à de nombreuses activités. Les tribunaux doivent donc être particulièrement prudents lorsqu'ils tentent de définir le contenu essentiel de la compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires, puisque le chef de compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires est incontestablement large. La doctrine de l'exclusivité des compétences risque de créer une grave incertitude, et le Parlement peut toujours légiférer de manière suffisamment précise pour que les personnes assujetties n'aient aucun doute sur l'application de la législation provinciale.

Bien que l'étendue de la compétence législative accordée au Parlement en matière de navigation et de bâtiments ou navires soit indéniablement vaste, les tribunaux doivent prendre soin de veiller à ce qu'elle n'englobe pas les matières qui relèvent de la compétence législative provinciale, que ce soit relativement à la propriété et aux droits civils ou à d'autres chefs de compétence provinciale. La première étape pour établir la matière dont il est question dans la demande de l'entreprise de marine marchande consiste à qualifier la nature du contrat. Les demandes dans cette affaire se rapportent aux modalités contractuelles convenues par les parties aux termes d'un contrat de vente de

consistent with the Court's past jurisprudence. In cases that concern whether a matter falls within s. 91(10) or 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, the Court has repeatedly defined the matter as a given area of private law in the maritime context. This characterization also reflects the appropriate degree of precision.

The weight of Canadian jurisprudence supports the conclusion that the sale of goods, even in the maritime context, is, in pith and substance, a matter coming within the jurisdiction conferred on provincial legislatures by s. 92(13). Sale of goods in the maritime context did not form part of the historical body of law administered by the English admiralty courts. There is nothing particularly "maritime" about the sale of goods that would require its consignment to Parliament's legislative authority. Sale of goods does not involve the safe carriage of goods, shipping, the seaworthiness of a ship, good seamanship, or international maritime conventions, nor are there special rules of procedure governing the sale of goods in the maritime context which would benefit from the uniform application across jurisdictions. Where the provinces have developed a comprehensive body of law governing the sale of goods, there is no good reason for the Court to disregard it merely because the claim arising from a particular sale bears some relation to maritime activities. Such an expansive definition of a federal head of power would be an affront to a principal source of provincial legislative competence to regulate local trade and commerce and, therefore, to the constitutional division of powers, which is the primary textual expression of the principle of federalism in the Canadian Constitution. Accordingly, the claim in this case raises a matter which is, in pith and substance, one of property and civil rights, exclusive legislative authority over which rests with the provincial legislatures under s. 92(13) and the provisions of the *C.C.Q.*, including arts. 1729 and 1733 thereof, govern the dispute. Since the claim raises, in pith and substance, a matter falling solely within s. 92(13), there is no need to consider whether to apply the doctrines of paramountcy or interjurisdictional immunity.

marchandises. Pour cette raison, la matière en cause est la vente de marchandises, bien qu'elle ait eu lieu dans le contexte maritime. Cette qualification est conforme à la jurisprudence antérieure de la Cour. Dans les affaires qui portent sur la question de savoir si une matière relève des par. 91(10) ou 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Cour a défini à maintes reprises la matière comme étant un domaine particulier de droit privé dans le contexte maritime. Cette qualification reflète également le degré approprié de précision.

La jurisprudence canadienne dominante appuie la conclusion selon laquelle la vente de marchandises, même dans le contexte maritime, est, en raison de son caractère véritable, une matière qui relève de la compétence conférée aux législatures provinciales en vertu du par. 92(13). La vente de marchandises dans le contexte maritime ne faisait pas partie de l'ensemble historique de règles de droit appliquées par les cours d'amirauté d'Angleterre. Il n'y a rien de particulièrement « maritime » concernant la vente de marchandises qui nécessiterait qu'elle tombe sous le coup de la compétence législative du Parlement. La vente de marchandises n'implique pas le transport sécuritaire de marchandises, le transport maritime, la navigabilité du navire, la bonne navigation ou les conventions maritimes internationales, et il n'existe pas non plus de règles de procédure spéciales régissant la vente de marchandises dans le contexte maritime qui bénéficieraient d'une application uniforme dans tous les ressorts. Lorsque les provinces ont élaboré un ensemble exhaustif de règles de droit régissant la vente de marchandises, la Cour ne dispose d'aucune raison valable de l'écarter simplement parce que la demande découlant d'une vente précise comporte un certain lien avec les activités maritimes. Une telle définition large d'un chef de compétence fédérale serait contraire à la source principale de compétence législative provinciale visant la réglementation du commerce local et des échanges et, en conséquence, au partage constitutionnel des pouvoirs, qui est la principale expression textuelle dans la Constitution du Canada du principe du fédéralisme. En conséquence, la demande dans cette affaire soulève une question qui est, en raison de son caractère véritable, une matière relevant de la propriété et des droits civils, qui relève de la compétence législative exclusive dont sont investies les législatures provinciales en vertu du par. 92(13), et les dispositions du *C.c.Q.*, notamment les art. 1729 et 1733, régissent le litige. Étant donné que la demande concerne une question qui, de par son caractère véritable, relève uniquement du par. 92(13), il n'est pas nécessaire d'examiner l'applicabilité de la doctrine de la prépondérance ou de celle de l'exclusivité des compétences.

Cases Cited

By Gascon, Côté and Rowe JJ.

Applied: *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; **considered:** *ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 683; *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 363; *Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 S.C.R. 779; *Antares Shipping Corp. v. The Ship “Capricorn”*, [1980] 1 S.C.R. 553; *Quebec and Ontario Transportation Co. v. The Ship “Incan St. Laurent”*, [1980] 2 S.C.R. 242, aff’g [1979] 2 F.C. 834; **referred to:** *Associated Metals & Minerals Corp. v. The “Evie W”*, [1978] 2 F.C. 710; *Porto Seguro Companhia De Seguros Gerais v. Belcan S.A.*, [1997] 3 S.C.R. 1278; *Isen v. Simms*, 2006 SCC 41, [2006] 2 S.C.R. 349; *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457; *Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Tennant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53; *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86; *Triglav v. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 283; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529; *Montreal City v. Montreal Harbour Commissioners*, [1926] A.C. 299; *Queddy River Driving Boom Co. v. Davidson* (1883), 10 S.C.R. 222; *Tropwood A.G. v. Sivaco Wire & Nail Co.*, [1979] 2 S.C.R. 157; *Aris Steamship Co. v. Associated Metals & Minerals Corp.*, [1980] 2 S.C.R. 322; *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, 2001 SCC 90, [2001] 3 S.C.R. 907; *Rogers Communications Inc. v. Châteauguay (City)*, 2016 SCC 23, [2016] 1 S.C.R. 467; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; *Isen v. Simms*, 2005 FCA 161, [2005] 4 F.C.R. 563; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App.

Jurisprudence

Citée par les juges Gascon, Côté et Rowe

Arrêt appliqué : *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; **arrêts examinés :** *ITO — International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683; *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 363; *Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779; *Antares Shipping Corp. c. Le navire « Capricorn »*, [1980] 1 R.C.S. 553; *Quebec and Ontario Transportation Co. c. Le navire « Incan St. Laurent »*, [1980] 2 R.C.S. 242, conf. [1979] 2 C.F. 834; **arrêts mentionnés :** *Associated Metals & Minerals Corp. c. Le navire « Evie W »*, [1978] 2 C.F. 710; *Porto Seguro Companhia De Seguros Gerais c. Belcan S.A.*, [1997] 3 R.C.S. 1278; *Isen c. Simms*, 2006 CSC 41, [2006] 2 R.C.S. 349; *McKay c. The Queen*, [1965] R.C.S. 798; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457; *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Tennant c. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86; *Triglav c. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 283; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529; *Montreal City c. Montreal Harbour Commissioners*, [1926] A.C. 299; *Queddy River Driving Boom Co. c. Davidson* (1883), 10 R.C.S. 222; *Tropwood A.G. c. Sivaco Wire & Nail Co.*, [1979] 2 R.C.S. 157; *Aris Steamship Co. c. Associated Metals & Minerals Corp.*, [1980] 2 R.C.S. 322; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, 2001 CSC 90, [2001] 3 R.C.S. 907; *Rogers Communications Inc. c. Châteauguay (Ville)*, 2016 CSC 23, [2016] 1 R.C.S. 467; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S.

Cas. 96; *Gilroy Sons & Co. v. Price & Co.*, [1893] A.C. 56; *Goodfellow (Charles) Lumber Sales Ltd. v. Verreault*, [1971] S.C.R. 522; *The “Neptune”* (1834), 3 Hagg. 129, 166 E.R. 354; *Argosy Marine Co. v. SS “Jeannot D”*, [1970] Ex. C.R. 351; *Webster v. Seekamp* (1821), 4 B. & Ald. 352, 106 E.R. 966; *The “Flecha”* (1854), 1 Sp. Ecc. & Ad. 438, 164 E.R. 252; *Momsen v. The Ship Aurora* (1913), 15 Ex. C.R. 27; *Hawker Industries Ltd. v. Santa Maria Shipowning & Trading Co., S.A.*, [1979] 1 F.C. 183; *Robillard v. The Sailing Sloop St. Roch and Charland* (1921), 21 Ex. C.R. 132; *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; *Casden v. Cooper Enterprises Ltd.* (1993), 151 N.R. 199; *Salvail Saint-Germain v. Location Holand (1995) Ltée*, 2017 QCCS 5155; *The Queen v. Canadian Vickers Ltd.*, [1978] 2 F.C. 675; *R. v. Canadian Vickers Ltd.*, [1980] 1 F.C. 366; *Benson Bros. Shipbuilding Co. (1960) Ltd. v. Mark Fishing Co.* (1978), 21 N.R. 260; *Upper Lakes Shipping Ltd. v. Saint John Shipbuilding and Dry Dock Co.* (1988), 86 N.R. 40; *Deveau (I.) Fisheries Ltd. v. Cummins Americas Inc.* (1996), 115 F.T.R. 254; *Dome Petroleum Ltd. v. Excelsior Enterprises Inc.* (1989), 30 F.T.R. 9; *Groupe Maritime Verreault Inc. v. Alcan Métal Primaire*, 2011 FCA 319, 430 N.R. 124; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *Bell Canada v. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *O’Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669; *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188; *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725.

By Wagner C.J. and Brown J.

Applied: *ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 S.C.R. 779; **distinguished:** *Antares Shipping Corp. v. The Ship “Capricorn”*, [1980] 1 S.C.R. 553;

536; *Isen c. Simms*, 2005 CAF 161, [2005] 4 R.C.F. 563; *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Gilroy Sons & Co. c. Price & Co.*, [1893] A.C. 56; *Goodfellow (Charles) Lumber Sales Ltd. c. Verreault*, [1971] R.C.S. 522; *The « Neptune »* (1834), 3 Hagg. 129, 166 E.R. 354; *Argosy Marine Co. c. Le V/M « Jeannot D »*, [1970] R.C. de l’É. 351; *Webster c. Seekamp* (1821), 4 B. & Ald. 352, 106 E.R. 966; *The « Flecha »* (1854), 1 Sp. Ecc. & Ad. 438, 164 E.R. 252; *Momsen c. The Ship Aurora* (1913), 15 R.C. de l’É. 27; *Hawker Industries Ltd. c. Santa Maria Shipowning & Trading Co., S.A.*, [1979] 1 C.F. 183; *Robillard c. Le voilier St. Roch and Charland* (1921), 21 R.C. de l’É. 132; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *Casden c. Cooper Enterprises Ltd.* (1993), 151 N.R. 199; *Salvail Saint-Germain c. Location Holand (1995) Ltée*, 2017 QCCS 5155; *La Reine c. Canadian Vickers Ltd.*, [1978] 2 C.F. 675; *R. c. Canadian Vickers Ltd.*, [1980] 1 C.F. 366; *Benson Bros. Shipbuilding Co. (1960) Ltd. c. Mark Fishing Co.* (1978), 21 N.R. 260; *Upper Lakes Shipping Ltd. c. Saint John Shipbuilding and Dry Dock Co.* (1988), 86 N.R. 40; *Deveau (I.) Fisheries Ltd. c. Cummins Americas Inc.* (1996), 115 F.T.R. 254; *Dome Petroleum Ltd. c. Excelsior Enterprises Inc.* (1989), 30 F.T.R. 9; *Groupe Maritime Verreault Inc. c. Alcan Métal Primaire*, 2011 CAF 319, 430 N.R. 124; *John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d’alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *O’Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669; *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327; *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188; *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725.

Citée par le juge en chef Wagner et le juge Brown

Arrêts appliqués : *ITO — International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779; **distinction d’avec l’arrêt :** *Antares Shipping Corp. c. Le navire « Capricorn »*, [1980] 1 R.C.S.

considered: 9171-7702 *Quebec Inc. v. Canada*, 2013 FC 832, 438 F.T.R. 11; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; **referred to:** *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453; *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; *Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 683; *Skaarup Shipping Corp. v. Hawker Industries Ltd.*, [1980] 2 F.C. 746; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; *Isen v. Simms*, 2006 SCC 41, [2006] 2 S.C.R. 349; *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 363; *Triglav v. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 283; *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342; *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189; *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86; *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457; *Casden v. Cooper Enterprises Ltd.* (1993), 151 N.R. 199; *Cork v. Greavette Boats Ltd.*, [1940] O.R. 352; *Curtis v. Rideout* (1980), 27 Nfld. & P.E.I.R. 392; *Salvail Saint-Germain v. Location Holand (1995) ltée*, 2017 QCCS 5155; *Quebec and Ontario Transportation Co. v. The Ship "Incan St. Laurent"*, [1980] 2 S.C.R. 242; *The Parchim*, [1918] A.C. 157; *Cammell Laird & Co. v. Manganese Bronze and Brass Co.*, [1933] 2 K.B. 141; *Behnke v. Bede Shipping Co.*, [1927] 1 K.B. 649; *Manchester Liners, Ld. v. Rea, Ld.*, [1922] 2 A.C. 74; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837.

553; **arrêts examinés :** 9171-7702 *Québec inc. c. Canada*, 2013 CF 832; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; **arrêts mentionnés :** *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733; *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683; *Skaarup Shipping Corp. c. Hawker Industries Ltd.*, [1980] 2 C.F. 746; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *Isen c. Simms*, 2006 CSC 41, [2006] 2 R.C.S. 349; *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 363; *Triglav c. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 283; *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189; *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457; *Casden c. Cooper Enterprises Ltd.* (1993), 151 N.R. 199; *Cork c. Greavette Boats Ltd.*, [1940] O.R. 352; *Curtis c. Rideout* (1980), 27 Nfld. & P.E.I.R. 392; *Salvail Saint-Germain c. Location Holand (1995) ltée*, 2017 QCCS 5155; *Quebec and Ontario Transportation Co. c. Le navire « Incan St. Laurent »*, [1980] 2 R.C.S. 242; *The Parchim*, [1918] A.C. 157; *Cammell Laird & Co. c. Manganese Bronze and Brass Co.*, [1933] 2 K.B. 141; *Behnke c. Bede Shipping Co.*, [1927] 1 K.B. 649; *Manchester Liners, Ld. c. Rea, Ld.*, [1922] 2 A.C. 74; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837.

Statutes and Regulations Cited

- Admiralty Act, 1891*, S.C. 1891, c. 29.
Admiralty Act, 1934, S.C. 1934, c. 31.
Admiralty Court Act, 1840 (U.K.), 3 & 4 Vict., c. 65, ss. 4, 6.
Admiralty Court Act, 1861 (U.K.), 24 Vict., c. 10, ss. 4, 5.
Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9.
Civil Code of Québec, arts. 1729, 1733.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 92.
Contributory Negligence Act, R.S.N. 1990, c. C-33.
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 2, 22, 42.
Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6, Sch. 3 (Hague-Visby Rules), art. III.
Marine Machinery Regulations, SOR/90-264.
Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, c. 370.
Sale of Goods Act, R.S.N. 1970, c. 341.
Sale of Goods Act, R.S.O. 1937, c. 180.
Sale of Goods Act, R.S.P.E.I. 1974, c. S-1.
Sale of Goods Act, 1893 (U.K.), 56 & 57 Vict., c. 71.
Supreme Court of Judicature Act, 1873 (U.K.), 36 & 37 Vict., c. 66, ss. 16, 34.
Workplace Health, Safety and Compensation Act, R.S.N.L. 1990, c. W-11.

Authors Cited

- Abel, Albert S. “The Neglected Logic of 91 and 92” (1969), 19 *U.T.L.J.* 487.
 Braën, André. *Le droit maritime au Québec*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1992.
 Brun, Henry, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6^e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.
 Chevette, François, et Herbert Marx. *Droit constitutionnel : Notes et jurisprudence*. Montréal: Les Presses de l’Université de Montréal, 1982.
 Chircop, Aldo, et al. *Canadian Maritime Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.
 Friedell, Steven F. *Benedict on Admiralty*, vol. 1, 7th ed. (rev.). New York: M. Bender, 1974 (loose-leaf updated May 2019, release 138).
 Gélinas, Fabien. “La doctrine des immunités interjuridictionnelles dans le partage des compétences: éléments de systématisation”, dans *Mélanges Jean Beetz*. Montréal: Thémis, 1995, 471.
 Giaschi, Christopher J. *The Application of Provincial Statutes to Maritime Matters Revisited*, April 7, 2017 (on-line: <http://www.admiraltylaw.com/papers/Application%20of%20Provincial%20laws%20to%20Maritime%20Matters%20Revisited.pdf>; archived version: <https://>

Lois et règlements cités

- Acte de l’Amirauté, 1891*, S.C. 1891, c. 29.
Admiralty Court Act, 1840 (R.-U.), 3 & 4 Vict., c. 65, art. 4, 6.
Admiralty Court Act, 1861 (R.-U.), 24 Vict., c. 10, art. 4, 5.
Code civil du Québec, art. 1729, 1733.
Contributory Negligence Act, R.S.N. 1990, c. C-33.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92.
Loi d’Amirauté, 1934, S.C. 1934, c. 31.
Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, c. S-9.
Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, c. 6, ann. 3 (Règles de La Haye-Visby), art. III.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 2, 22, 42.
Règlement sur les machines de navires, DORS/90-264.
Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, c. 370.
Sale of Goods Act, R.S.N. 1970, c. 341.
Sale of Goods Act, R.S.O. 1937, c. 180.
Sale of Goods Act, R.S.P.E.I. 1974, c. S-1.
Sale of Goods Act, 1893 (R.-U.), 56 & 57 Vict., c. 71.
Supreme Court of Judicature Act, 1873 (R.-U.), 36 & 37 Vict., c. 66, art. 16, 34.
Workplace Health, Safety and Compensation Act, R.S.N.L. 1990, c. W-11.

Doctrine et autres documents cités

- Abel, Albert S. « The Neglected Logic of 91 and 92 » (1969), 19 *U.T.L.J.* 487.
 Braën, André. *Le droit maritime au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992.
 Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
 Chevette, François, et Herbert Marx. *Droit constitutionnel : Notes et jurisprudence*, Montréal, Les Presses de l’Université de Montréal, 1982.
 Chircop, Aldo, et al. *Canadian Maritime Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.
 Friedell, Steven F. *Benedict on Admiralty*, vol. 1, 7th ed. (rev.), New York, M. Bender, 1974 (loose-leaf updated May 2019, release 138).
 Gélinas, Fabien. « La doctrine des immunités interjuridictionnelles dans le partage des compétences : éléments de systématisation », dans *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Thémis, 1995, 471.
 Giaschi, Christopher J. *The Application of Provincial Statutes to Maritime Matters Revisited*, April 7, 2017 (en ligne : <http://www.admiraltylaw.com/papers/Application%20of%20Provincial%20laws%20to%20Maritime%20Matters%20Revisited.pdf>; version

- www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC58_1_eng.pdf).
- Henley, David G. *Canadian Maritime Law — A Work In Progress*, May 24, 2014 (online: http://www.cmla.org/papers/Canadian_Maritime_Law_-_Henley.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC58_2_eng.pdf).
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, Vol. 1, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2018, release 1).
- Honickman, Asher. “Watertight Compartments: Getting Back to the Constitutional Division of Powers” (2017), 55 *Alta. L. Rev.* 225.
- Keyes, John Mark, and Carol Diamond. “Constitutional Inconsistency in Legislation — Interpretation and the Ambiguous Role of Ambiguity” (2017), 48 *Ottawa L. Rev.* 313.
- Lederman, William Ralph. “Classification of Laws and the British North America Act”, in *The Courts and the Canadian Constitution*. Toronto: McClelland and Stewart, 1964, 177.
- Mayers, Edward Courtenay. *Admiralty Law and Practice in Canada*, 1st ed. Toronto: Carswell, 1916.
- Monahan, Patrick J., Byron Shaw and Padraic Ryan. *Constitutional Law*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2017.
- Mundell, D. W. “Tests for Validity of Legislation under the British North America Act: A Reply to Professor Laskin” (1955), 33 *Can. Bar Rev.* 915.
- O’Connor, John G. “*Admiralty Jurisdiction and Canadian Maritime Law in the Federal Courts: The Next Forty Years*”, a paper prepared for the National Judicial Institute’s 2011 Federal Courts Education Seminar in Ottawa, October 28, 2011 (online: https://www.fca-caf.gc.ca/fca-caf/pdf/03E.%20OConnor_Maritime%20Law%20Jurisdiction_2011-10-17_ENG.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC58_3_eng.pdf).
- Régimbald, Guy, and Dwight Newman. *The Law of the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: LexisNexis, 2017.
- Roscoe, Edward Stanley. *The Admiralty Jurisdiction and Practice of the High Court of Justice, with which is Incorporated “Williams and Bruce’s Admiralty Practice” with Forms and Precedents*, 5th ed. by Geoffrey Hutchinson. London: Stevens and Sons, 1931.
- Stone, Arthur J. “Canada’s Admiralty Court in the Twentieth Century” (2002), 47 *McGill L.J.* 511.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Tetley, William. “A Definition of Canadian Maritime Law” (1996), 30 *U.B.C. L. Rev.* 137.
- archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC58_1_eng.pdf).
- Henley, David G. *Canadian Maritime Law — A Work In Progress*, May 24, 2014 (en ligne : http://www.cmla.org/papers/Canadian_Maritime_Law_-_Henley.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC58_2_eng.pdf).
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed., Supp., Scarborough (Ont.), Thomson/Carswell, 2007 (updated 2018, release 1).
- Honickman, Asher, « Watertight Compartments : Getting Back to the Constitutional Division of Powers » (2017), 55 *Alta. L. Rev.* 225.
- Keyes, John Mark, and Carol Diamond. « Constitutional Inconsistency in Legislation — Interpretation and the Ambiguous Role of Ambiguity » (2017), 48 *R.D. Ottawa* 313.
- Lederman, William Ralph. « Classification of Laws and the British North America Act », in *The Courts and the Canadian Constitution*, Toronto, McClelland and Stewart, 1964, 177.
- Mayers, Edward Courtenay. *Admiralty Law and Practice in Canada*, 1st ed., Toronto, Carswell, 1916.
- Monahan, Patrick J., Byron Shaw and Padraic Ryan. *Constitutional Law*, 5th ed., Toronto, Irwin Law, 2017.
- Mundell, D. W. « Tests for Validity of Legislation under the British North America Act : A Reply to Professor Laskin » (1955), 33 *R. du B. can.* 915.
- O’Connor, John G. « *La compétence en amirauté et le droit maritime canadien : Les 40 prochaines années* », un document préparé pour le colloque de formation des cours fédérales par l’Institut National de la magistrature à Ottawa, le 28 octobre 2011 (en ligne : https://www.fca-caf.gc.ca/fca-caf/pdf/03E.%20OConnor_Maritime%20Law%20Jurisdiction_2011-10-17_ENG.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dcc/2019scc-csc58_3_fra.pdf).
- Régimbald, Guy, and Dwight Newman. *The Law of the Canadian Constitution*, 2nd ed., Toronto, LexisNexis, 2017.
- Roscoe, Edward Stanley. *The Admiralty Jurisdiction and Practice of the High Court of Justice, with which is Incorporated « Williams and Bruce’s Admiralty Practice » with Forms and Precedents*, 5th ed. by Geoffrey Hutchinson, London, Stevens and Sons, 1931.
- Stone, Arthur J. « Canada’s Admiralty Court in the Twentieth Century » (2002), 47 *R.D. McGill* 511.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Tetley, William. « A Definition of Canadian Maritime Law » (1996), 30 *U.B.C. L. Rev.* 137.

Tetley, William. *International Maritime and Admiralty Law*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2002.

Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Montréal: Yvon Blais, 1998.

Tetley, William. “The General Maritime Law — The Lex Maritima” (1994), 20 *Syracuse J. Int’l L. & Com.* 105.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Vézina, Mainville and Healy JJ.A.), 2017 QCCA 1471, [2017] AZ-51429098, [2017] J.Q. n° 13424 (QL), 2017 CarswellQue 8576 (WL Can.), setting aside a decision of Paquette J., 2015 QCCS 5514, [2015] AZ-51234224, [2015] Q.J. No. 12923 (QL), 2015 CarswellQue 11288 (WL Can.). Appeal allowed.

Danièle Dion and David G. Colford, for the appellants.

George J. Pollack, Michael H. Lubetsky and Joseph-Anaël Lemieux, for the respondents.

Sean Hanley and Audra Ranalli, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jean-François Beaupré and Frédéric Perreault, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The judgment of Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Rowe and Martin JJ. was delivered by

GASCON, CÔTÉ AND ROWE JJ. —

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Overview</u>	1
II. <u>Analysis</u>	7
A. <i>The Nature, Content, and Scope of Canadian Maritime Law</i>	7
(1) <u>Nature: What Is Canadian Maritime Law?</u> ...	8
(2) <u>Content: How Are the Substantive Rules of Canadian Maritime Law Determined?</u>	19

Tetley, William. *International Maritime and Admiralty Law*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002.

Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed., Montréal, Yvon Blais, 1998.

Tetley, William. « The General Maritime Law — The Lex Maritima » (1994), 20 *Syracuse J. Int’l L. & Com.* 105.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Vézina, Mainville et Healy), 2017 QCCA 1471, [2017] AZ-51429098, [2017] J.Q. n° 13424 (QL), 2017 CarswellQue 8576 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge Paquette, 2015 QCCS 5514, [2015] AZ-51234224, [2015] Q.J. No. 12923 (QL), 2015 CarswellQue 11288 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Danièle Dion et David G. Colford, pour les appelants.

George J. Pollack, Michael H. Lubetsky et Joseph-Anaël Lemieux, pour les intimées.

Sean Hanley et Audra Ranalli, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Jean-François Beaupré et Frédéric Perreault, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

Version française du jugement des juges Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Rowe et Martin rendu par

LES JUGES GASCON, CÔTÉ ET ROWE —

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Aperçu</u>	1
II. <u>Analyse</u>	7
A. <i>Nature, contenu et portée du droit maritime canadien</i>	7
(1) <u>Nature : qu’est-ce que le droit maritime canadien?</u>	8
(2) <u>Contenu : comment sont déterminées les règles substantielles du droit maritime canadien?</u>	19

(3) <u>Scope: What Is the Relationship Between Canadian Maritime Law and Navigation and Shipping?</u>24	(3) <u>Portée : quel est le lien entre le droit maritime canadien et la navigation et les bâtiments ou navires?</u> 24
B. <i>Parliament’s Legislative Authority Over the Matter at Issue</i>30	B. <i>La compétence législative du Parlement sur la matière en cause</i>30
(1) <u>The Characterization of the Matter as a Sale of Marine Engine Parts for Use on a Commercial Vessel</u>31	(1) <u>La qualification de la matière en tant que vente de pièces de moteur de navire destinées à un bâtiment commercial</u>31
(2) <u>The Classification of the Matter as Being Within Navigation and Shipping</u>38	(2) <u>La classification de la matière comme relevant de la navigation et des bâtiments ou navires</u>38
(a) <i>The Breadth of Navigation and Shipping</i>43	a) <i>La portée de la compétence en matière de navigation et de bâtiments ou navires</i>43
(b) <i>The Integral Connection Test</i>50	b) <i>Le test du lien intégral</i>50
(c) <i>Application to the Facts</i>59	c) <i>Application aux faits</i>59
C. <i>The Overlap Between Canadian Maritime Law and the C.C.Q.</i>81	C. <i>Le chevauchement entre le droit maritime canadien et le C.c.Q.</i>81
(1) <u>The Concurrent Application of Federal and Provincial Laws</u>82	(1) <u>L’application concurrente de lois fédérales et provinciales</u>82
(2) <u>The Applicability and Operability of the C.C.Q. Provisions</u>86	(2) <u>L’applicabilité et l’opérabilité des dispositions du C.c.Q.</u>86
(a) <i>Interjurisdictional Immunity</i>90	a) <i>Exclusivité des compétences</i>90
(b) <i>Federal Paramountcy</i>99	b) <i>Prépondérance fédérale</i>99
III. <u>Conclusion</u> 107	III. <u>Conclusion</u> 107
I. <u>Overview</u>	I. <u>Aperçu</u>

[1] This appeal centres on a dispute between a Canadian shipping company located in Quebec, Desgagnés Transport Inc. (“TDI”), and a manufacturer and supplier of marine engines, Wärtsilä Nederland B.V. and its Canadian division, Wärtsilä Canada Inc. (collectively “Wärtsilä”). The action arises out of the failure of engine parts — a new bedplate, a reconditioned crankshaft and connecting rods — that TDI purchased from Wärtsilä to repair the engine of one of its oceangoing ships. The central controversy on appeal is what law governs TDI’s contractual claim, which is founded upon a latent defect in the

[1] Le présent pourvoi concerne un litige qui oppose une entreprise canadienne de transport maritime située au Québec, Transport Desgagnés inc. (« TDI »), et un fabricant et fournisseur de moteurs de navires, Wärtsilä Nederland B.V. et sa division canadienne, Wärtsilä Canada Inc. (collectivement, « Wärtsilä »). L’action découle de la défaillance de pièces de moteur — une nouvelle assise de moteur, un vilebrequin remis à neuf et des bielles — que TDI a achetées de Wärtsilä pour réparer le moteur d’un de ses navires océaniques. Le débat en appel porte essentiellement sur la question de savoir quel

engine parts purchased from Wärtsilä: Canadian maritime law¹ or the *Civil Code of Québec* (“*C.C.Q.*”). If Canadian maritime law governs this dispute, the limitation of liability clause in the parties’ contract is arguably valid and enforceable, limiting Wärtsilä’s liability for the engine parts’ failure to €50,000. If the *C.C.Q.* governs, however, the limitation clause is unenforceable, and Wärtsilä’s liability extends to more than CAN \$5.6 million.

[2] Like our colleagues, we conclude that the *C.C.Q.* governs this dispute, and that Wärtsilä cannot rely on the limitation of liability clause in the parties’ contract in these circumstances. However, we disagree with the approach they propose to allow the appeal and thus, we arrive at this conclusion for substantially different reasons.

[3] To determine whether Canadian maritime law or the *C.C.Q.* applies in this case, we must determine whether the matter in dispute falls within the federal power over navigation and shipping, or the provincial power over property and civil rights, or both. This is accomplished through a division of powers analysis, which requires: (1) characterizing the relevant matter; and (2) classifying it according to the heads of legislative power enumerated in the *Constitution Act, 1867*. As we will explain, the Canadian maritime law at issue in this proceeding is non-statutory. As a result, a modified pith and substance test must be applied at the characterization stage: one that looks at the substantive law at issue and to the particular fact situation, rather than to purpose and effect. At the classification stage, the integral connection test is the proper method for determining whether the matter

¹ While “Canadian maritime law” is a body of law with both statutory and non-statutory sources, the parties did not direct this Court to any federal statute or regulation that bears on the outcome of this appeal. In these reasons, we are concerned with Canadian maritime law’s non-statutory elements, as described in s. 2(1) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7.

droit régit la demande de nature contractuelle présentée par TDI, qui est fondée sur un vice caché entachant les pièces de moteur achetées de Wärtsilä : le droit maritime canadien¹ ou le *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* »). Si c’est le droit maritime canadien, on peut soutenir que la clause de limitation de responsabilité dans le contrat conclu entre les parties est valide et exécutoire, de sorte que la responsabilité de Wärtsilä pour la défaillance des pièces du moteur se limite à 50 000 €. Si, par contre, c’est le *C.c.Q.*, la clause de limitation est inexécutoire et la responsabilité de Wärtsilä s’élève à plus de 5,6 millions de dollars CAN.

[2] À l’instar de nos collègues, nous concluons que le *C.c.Q.* régit le litige et que Wärtsilä ne peut se prévaloir de la clause de limitation de responsabilité qui figure dans le contrat conclu entre les parties dans ces circonstances. Cependant, nous ne souscrivons pas à l’approche qu’ils proposent pour accueillir le pourvoi et, par conséquent, nous arrivons à cette conclusion pour des motifs substantiellement différents.

[3] Pour décider si c’est le droit maritime canadien ou le *C.c.Q.* qui s’applique en l’espèce, nous devons établir si la matière en cause relève du chef de compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires, ou du chef de compétence provinciale sur la propriété et les droits civils, ou des deux. Pour ce faire, il faut procéder à une analyse du partage des compétences, qui nécessite (1) la qualification de la matière en cause; et (2) sa classification selon les chefs de compétence législative énumérés dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme nous l’expliquerons, le droit maritime canadien en cause dans la présente instance est non statutaire. En conséquence, un test modifié de l’analyse du caractère véritable doit être appliqué à l’étape de la qualification, soit un test qui tienne compte du droit substantiel en cause et de la situation factuelle particulière, plutôt

¹ Bien que le « droit maritime canadien » soit un ensemble de règles de droit ayant des sources statutaires et non statutaires, les parties n’ont pas porté à l’attention de la Cour une loi ou un règlement fédéral qui ait une incidence sur l’issue du présent pourvoi. Dans les présents motifs, nous nous intéressons aux éléments non statutaires du droit maritime canadien, décrits au par. 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7.

is subject to the federal power over navigation and shipping enumerated at s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, and, thus, would not come exclusively within provincial jurisdiction.

[4] The Court made clear in *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, that the division of powers between the federal and provincial governments must be managed with a view to flexible federalism. Where possible, the Court has sought to maintain a role for the two orders of government in areas of overlapping jurisdiction. This approach does not simply disappear in the maritime context, notwithstanding the unique historical development of Canadian maritime law.

[5] Parliament's authority over navigation and shipping, and consequently the scope of Canadian maritime law, is broad. As we see it, the sale of marine engine parts intended for use on a commercial vessel is sufficiently connected to navigation and shipping so as to be validly governed by Canadian maritime law. However, there is also no doubt that art. 1733 *C.C.Q.* — pertaining to warranties in contracts of sale — is a validly enacted provincial law that, in pith and substance, concerns a matter of property and civil rights pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. In this case, the sale of marine engine parts thus gives rise to a double aspect scenario: a non-statutory body of federal law and a provincial law both validly directed at the same fact situation overlap. However, art. 1733 *C.C.Q.* remains applicable and operative. Neither interjurisdictional immunity nor federal paramountcy ousts the application of art. 1733 *C.C.Q.*: interjurisdictional immunity is inapplicable because contractual issues surrounding the sale of marine engine parts are not at the core of navigation and shipping, and federal paramountcy cannot be triggered by Canadian non-statutory maritime law. Left with two applicable bodies of law, art. 1733 *C.C.Q.* is ultimately the law governing this dispute; since it

que de l'objet et de l'effet uniquement. À l'étape de la classification, le test du lien intégral est la bonne approche pour établir si la matière est visée par la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires indiquée au par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et, en conséquence, ne relève pas exclusivement de la compétence provinciale.

[4] Dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, la Cour a clairement indiqué que la question du partage des compétences entre les gouvernements fédéral et provinciaux doit être abordée dans une perspective de fédéralisme souple. Dans la mesure du possible, la Cour a tenté de faire en sorte que les deux ordres de gouvernement continuent à jouer un rôle dans les domaines de compétence qui se chevauchent. Malgré l'évolution historique particulière du droit maritime canadien, cette approche ne disparaît pas tout simplement en contexte maritime.

[5] La compétence du Parlement sur la navigation et les bâtiments ou navires, et en conséquence la portée du droit maritime canadien, est vaste. À notre avis, la vente de pièces de moteur de navire destinées à un bâtiment commercial est suffisamment liée à la navigation et aux bâtiments ou navires pour être valablement régie par le droit maritime canadien. Cependant, il ne fait également aucun doute que l'art. 1733 *C.c.Q.* — qui porte sur les clauses de garantie figurant dans les contrats de vente — est une disposition législative provinciale valablement adoptée qui, de par son caractère véritable, touche à la propriété et aux droits civils aux termes du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans la présente affaire, la vente de pièces de moteur de navire présente donc un double aspect : un ensemble de règles de droit fédérales de source non statutaire et une disposition législative provinciale visant valablement la même situation de fait se chevauchent. Cependant, l'art. 1733 *C.c.Q.* demeure applicable et opérant. Ni la doctrine de l'exclusivité des compétences ni celle de la prépondérance fédérale n'écartent l'application de l'art. 1733 *C.c.Q.* : l'exclusivité des compétences est inapplicable parce que les questions contractuelles qui entourent la vente des pièces de moteur de navire ne font pas partie du contenu essentiel de la

is a legislative enactment, Canadian non-statutory maritime law does not prevail over it.

[6] We are content to rely on our colleagues' summary of the facts and judicial history. To that summary, we would add that the constitutional issues in the present case arise only because the choice of law clause in the agreement (clause 15.1) does not indicate whether Canadian maritime law or Quebec civil law governs the contract (A.R., at p. 89). The clause merely provides that "[t]he Contract shall be governed by and interpreted in accordance with the laws in force at the registered office of the Supplier". We understand that the trial judge interpreted the "office of the Supplier" as referring to Wärtsilä's place of business in Montréal, Quebec, where the contract was formed (2015 QCCS 5514, at para. 32 (CanLII)). Yet the "laws in force" in Quebec include both provincial and federal laws (see *ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at p. 777; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210, at para. 87). This is why it remains necessary to undertake a constitutional analysis in the present case.

II. Analysis

A. *The Nature, Content, and Scope of Canadian Maritime Law*

[7] In this appeal, the parties argued extensively about the nature, content, and scope of Canadian maritime law. In particular, TDI contends that Canadian maritime law does not purport to govern the contractual claim at issue, and that in any event, there is no substantive rule of Canadian maritime law applicable to the disputed limitation of liability clause. We disagree with both these arguments, and

compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires, et le droit maritime canadien non statutaire ne peut faire entrer en jeu la doctrine de la prépondérance fédérale. Deux ensembles de règles de droit sont applicables, mais l'art. 1733 *C.c.Q.* est en définitive la disposition qui régit le présent litige, car étant donné qu'il s'agit d'un texte législatif, le droit maritime canadien non statutaire ne peut l'emporter sur cette disposition.

[6] Nous nous en remettons au résumé des faits et à l'historique des procédures présentés par nos collègues. Nous ajouterions à ce résumé des faits que les questions constitutionnelles dont il est question en l'espèce ne sont soulevées que parce que la clause de désignation du droit applicable dans le contrat (clause 15.1) ne précise pas lequel du droit maritime canadien ou du droit civil québécois régit le contrat (d.a., p. 89). Elle stipule simplement que [TRADUCTION] « [l]e contrat est régi par les lois en vigueur à l'endroit où est établi le siège social du fournisseur et interprété conformément à ces lois ». Nous comprenons que la juge de première instance a interprété le « siège social du fournisseur » comme désignant le lieu d'affaires de Wärtsilä à Montréal (au Québec) où le contrat a été conclu (2015 QCCS 5514, par. 32 (CanLII)). Or, les « lois en vigueur » au Québec sont à la fois les lois provinciales et les lois fédérales (voir *ITO — International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, p. 777; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, par. 87). C'est pourquoi il nous faut quand même procéder à une analyse constitutionnelle en l'espèce.

II. Analyse

A. *Nature, contenu et portée du droit maritime canadien*

[7] Dans le présent pourvoi, les parties ont longuement débattu de la nature, du contenu et de la portée du droit maritime canadien. En particulier, TDI soutient que le droit maritime canadien n'est pas censé régir la demande de nature contractuelle en litige, et que de toute façon, le droit maritime canadien ne comporte aucune règle substantielle applicable à la clause de limitation de responsabilité contestée. Nous rejetons

begin our analysis with a general overview of this body of law.

(1) Nature: What Is Canadian Maritime Law?

[8] Canadian maritime law is a body of federal law that purports to govern maritime and admiralty disputes in Canada. It is recognized in the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7 (“*F.C.A.*”), at ss. 2, 22, and 42. These three statutory provisions each address a different aspect of Canadian maritime law: s. 42 recognizes its continued existence in Canada; s. 2(1) describes its substantive content; and s. 22(1) vests jurisdiction over Canadian maritime law claims concurrently in the Federal Court and provincial Superior Courts. They state:

Definitions

2 (1) In this Act,

...

Canadian maritime law means the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act*, chapter A-1 of the Revised Statutes of Canada, 1970, or any other statute, or that would have been so administered if that Court had had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by this Act or any other Act of Parliament;

...

Navigation and shipping

22 (1) The Federal Court has concurrent original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under or by virtue of Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping, except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned.

...

ces deux arguments et commençons notre analyse par un aperçu général de cet ensemble de règles de droit.

(1) Nature : qu’est-ce que le droit maritime canadien?

[8] Le droit maritime canadien est un ensemble de règles de droit fédérales qui a pour objet de régir les litiges en matière maritime et d’amirauté au Canada. Il est reconnu aux art. 2, 22 et 42 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7 (« *L.C.F.* »). Ces trois dispositions traitent chacune d’un aspect différent du droit maritime canadien : l’art. 42 reconnaît que celui-ci continue à s’appliquer au Canada; le par. 2(1) décrit son contenu substantiel; et le par. 22(1) confère à la Cour fédérale compétence concurrente avec les cours supérieures provinciales sur les demandes présentées en vertu du droit maritime canadien. Elles prévoient ce qui suit :

Définitions

2 (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

...

droit maritime canadien Droit — compte tenu des modifications y apportées par la présente loi ou par toute autre loi fédérale — dont l’application relevait de la Cour de l’Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l’Amirauté, aux termes de la *Loi sur l’Amirauté*, chapitre A-1 des Statuts révisés du Canada de 1970, ou de toute autre loi, ou qui en aurait relevé si ce tribunal avait eu, en cette qualité, compétence illimitée en matière maritime et d’amirauté.

...

Navigation et marine marchande

22 (1) La Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans les cas — opposant notamment des administrés — où une demande de réparation ou un recours est présenté en vertu du droit maritime canadien ou d’une loi fédérale concernant la navigation ou la marine marchande, sauf attribution expresse contraire de cette compétence.

...

Maritime law continued

42 Canadian maritime law as it was immediately before June 1, 1971 continues subject to such changes therein as may be made by this Act or any other Act of Parliament.

[9] The nature of this substantive body of federal law has been the subject of a number of decisions from this Court. These make clear that Canadian maritime law is a comprehensive body of law, uniform throughout Canada, that purports to deal with all claims in respect of maritime and admiralty matters, subject only to the scope of the federal power over navigation and shipping under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867 (ITO, at pp. 776-77 and 779; Ordon Estate v. Grail, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 71).*

[10] The term “comprehensive” refers to the fact that Canadian maritime law, like the common law, is a seamless web that is capable of resolving any dispute that falls within the scope of its application. To understand why this is so, it is necessary to trace the history of Canadian maritime law to its English roots.

[11] Canadian maritime law is the progeny of English maritime law as administered by the High Court of Admiralty in England until 1874 and the unified High Court of Justice thereafter (*Supreme Court of Judicature Act, 1873 (U.K.), 36 & 37 Vict., c. 66; see also A. J. Stone, “Canada’s Admiralty Court in the Twentieth Century” (2002), 47 McGill L.J. 511, at p. 527).* Those courts administered maritime law in England on the basis of *jurisdiction*. By this we mean that, like English common law courts (e.g. the Court of Queen’s Bench), as long as the High Court of Admiralty had jurisdiction over a dispute it was capable of providing an answer to it. The late Professor William Tetley explained it in this way:

. . . English maritime law is . . . based on *jurisdiction*, a feature which is of common law origin. If the court has jurisdiction to hear a claim for damage by a ship or claims of cargo against a ship, for example, then the right of a lien

Maintien du droit maritime

42 Le droit maritime canadien en vigueur au 31 mai 1971 continue à s’appliquer, sous réserve des modifications éventuelles par la présente loi ou toute autre loi.

[9] La nature de cet ensemble de règles de droit substantiel fédéral a fait l’objet de nombreux arrêts de notre Cour; il en ressort que le droit maritime canadien est un ensemble complet de règles de droit, uniformes partout au Canada, dont l’objet est de régir toutes les demandes en matière maritime et d’amirauté, sous réserve seulement de la portée de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires prévue au par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867 (ITO, p. 776-777 et 779; Succession Ordon c. Grail, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 71).*

[10] Le terme « complet » renvoie au fait que le droit maritime canadien, tout comme la common law, est un ensemble homogène qui permet de résoudre tout litige relevant de son champ d’application. Afin de comprendre pourquoi il en est ainsi, il est nécessaire de retracer l’historique du droit maritime canadien, jusqu’à ses origines anglaises.

[11] Le droit maritime canadien est issu du droit maritime anglais dont l’application relevait de la Haute Cour d’amirauté d’Angleterre jusqu’en 1874, pour ensuite relever de la Haute Cour de justice unifiée (*Supreme Court of Judicature Act, 1873 (R.-U.), 36 & 37 Vict., c. 66; voir aussi A. J. Stone, « Canada’s Admiralty Court in the Twentieth Century » (2002), 47 R.D. McGill 511, p. 527).* Ces tribunaux appliquaient le droit maritime en Angleterre sur le fondement de leur *compétence*, c’est-à-dire qu’à l’instar des tribunaux de common law anglaise (p. ex. la Cour du Banc de la Reine) et dans la mesure où elle avait compétence sur un litige, la Haute Cour d’amirauté pouvait le trancher. Voici l’explication qu’en a donné le regretté professeur William Tetley :

[TRADUCTION] . . . le droit maritime anglais est [. . .] fondé sur la *compétence*, une caractéristique qui tire son origine de la common law. Si le tribunal a compétence pour instruire une demande pour dommages causés par

exists without there being legislation creating maritime liens and mortgages. . . . In other words, once the court's jurisdiction is established in the U.K., the substantive law (the governing right) is found in the general maritime law. . . . [Emphasis in original; footnote omitted.]

(W. Tetley, “The General Maritime Law — The Lex Maritima” (1994), 20 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 105, at p. 116)

[12] In the modern era, neither the United Kingdom nor Canada continues to have distinct admiralty courts. In Canada, Parliament adopted *The Admiralty Act, 1891*, S.C. 1891, c. 29, which conferred to the existing Exchequer Court — the predecessor of the Federal Court — the jurisdiction exercised by the English High Court of Admiralty with regard to maritime and admiralty matters. However, the merger of jurisdiction did not equate to the merger of Canadian maritime law into the common law, notwithstanding that over time, Canadian maritime law has borrowed heavily from it. Indeed, ss. 2 and 42 of the *F.C.A.* reflect this: Canadian maritime law continues to exist as a body of law with its own distinct identity. This distinct identity is consistent with the historical development of Canadian maritime law: English maritime law never formed part of the ordinary municipal law of England, nor did it form part of the common law as adopted by various provinces of Canada (*Associated Metals & Minerals Corp. v. The “Evie W”*, [1978] 2 F.C. 710, at pp. 716-17; W. Tetley, “A Definition of Canadian Maritime Law” (1996), 30 *U.B.C. L. Rev.* 137, at p. 151; see also S. F. Friedell, *Benedict on Admiralty* (7th ed. rev. (loose-leaf)), vol. 1, at pp. 7-4 to 7-5).

[13] Thus, while the same Canadian court may now adjudicate common law, civil law, and Canadian maritime law aspects of a dispute, each body of law is distinct within the Canadian system. And when Canadian maritime law validly governs a dispute, that body of law represents a seamless and ubiquitous web that is capable of resolving any legal

un navire ou encore une demande d'indemnisation pour perte de marchandises présentée à l'encontre d'un navire, par exemple, alors le droit à un privilège existe sans qu'il y ait une loi constitutive de privilèges et d'hypothèques maritimes. [. . .] En d'autres termes, dès lors que la compétence du tribunal est établie au R.-U., le droit substantiel (le droit applicable) se trouve dans le droit maritime général. . . . [En italique dans l'original; note en bas de page omise.]

(W. Tetley, « The General Maritime Law — The Lex Maritima » (1994), 20 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 105, p. 116)

[12] À l'ère moderne, ni le Royaume-Uni ni le Canada n'ont de tribunaux d'amirauté distincts. Au Canada, le Parlement a adopté l'*Acte de l'Amirauté, 1891*, S.C. 1891, c. 29, qui conférait à la Cour de l'Échiquier de l'époque — l'ancêtre de la Cour fédérale — la compétence exercée par la Haute Cour d'amirauté anglaise en matière maritime et d'amirauté. Or, ce fusionnement de compétence ne s'est pas traduit par un fusionnement du droit maritime canadien et de la common law, même si, au fil du temps, le premier a beaucoup emprunté au second. En fait, les art. 2 et 42 de la *L.C.F.* en témoignent : le droit maritime canadien continue à exister en tant qu'ensemble de règles de droit ayant une identité distincte. Cette identité distincte s'inscrit dans la logique de l'évolution historique du droit maritime canadien : le droit maritime anglais n'a jamais fait partie du droit municipal ordinaire de l'Angleterre, ni de la common law telle qu'adoptée par différentes provinces du Canada (*Associated Metals & Minerals Corp. c. Le navire « Evie W »*, [1978] 2 C.F. 710, p. 716-717; W. Tetley, « A Definition of Canadian Maritime Law » (1996), 30 *U.B.C. L. Rev.* 137, p. 151; voir aussi S. F. Friedell, *Benedict on Admiralty* (7^e éd. rév. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 7-4 à 7-5).

[13] Ainsi, bien qu'un même tribunal canadien puisse maintenant statuer sur les aspects d'un litige relevant de la common law, du droit civil et du droit maritime canadien, chacun de ces ensembles de règles de droit est distinct au sein du système canadien. Et lorsque le droit maritime canadien régit valablement un litige, il forme un ensemble de règles

dispute. Professor Tetley, in the article excerpted above, confirms this understanding of Canadian maritime law:

Where the Federal Court of Canada exercises admiralty jurisdiction in Canada, a maritime *right* exists (as in the United Kingdom), without a statute being required. Thus, if there is jurisdiction, the governing law is the general maritime law of England, “received” into Canadian law as of 1934 (or 1891), when the Admiralty Acts were adopted by the Federal Parliament, unless amended by a specific statute or judicial precedent. [Emphasis in original; footnote omitted.]

(Tetley (1994), at p. 117)

[14] This conception of the comprehensiveness of Canadian maritime law has formed the basis for a number of decisions of the Court. In *ITO*, McIntyre J. held that Canadian maritime law encompassed the common law doctrines of tort, contract, and bailment so as to present litigants with a comprehensive system of dispute resolution. He wrote that because the English High Court in 1934 applied common law principles where necessary to resolve issues within a maritime dispute

the body of admiralty law, which was adopted from England as Canadian maritime law, encompassed both specialized rules and principles of admiralty and the rules and principles adopted from the common law and applied in admiralty cases as these rules and principles have been, and continue to be, modified and expanded in Canadian jurisprudence. [p. 776]

[15] In *Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 683, La Forest J. for the majority concluded the same with respect to agency law, writing that

the majority of this Court in *ITO* concluded that Canadian maritime law encompassed the common law principles of tort, contract and bailment. To these I would add, if indeed it is an addition, agency. For nowhere does it become more obvious that the law is a seamless web than

homogènes et universelles qui permet de résoudre tout différend juridique. Dans l’article précité, le professeur Tetley confirme cette conception du droit maritime canadien :

[TRADUCTION] Lorsque la Cour fédérale du Canada exerce sa compétence en matière d’amirauté au Canada, il existe un *droit* maritime (comme au Royaume-Uni), sans qu’une loi soit nécessaire. En conséquence, si la Cour a compétence, le droit applicable est le droit maritime général anglais « incorporé » dans le droit canadien depuis 1934 (ou 1891), lorsque les lois en matière d’amirauté ont été adoptées par le législateur fédéral, à moins qu’il n’ait été modifié par une loi particulière ou un précédent judiciaire. [En italique dans l’original; note en bas de page omise.]

(Tetley (1994), p. 117)

[14] Cette conception de l’exhaustivité du droit maritime canadien a servi d’assise à de nombreux arrêts de la Cour. Dans l’arrêt *ITO*, le juge McIntyre a conclu que le droit maritime canadien englobait les principes de common law en matière de responsabilité délictuelle, de contrat et de dépôt, de sorte que les parties disposaient d’un système complet de résolution des litiges. Il a écrit que, parce que la Haute Cour d’Angleterre appliquait en 1934 les principes de common law nécessaires à la résolution des points litigieux dans un litige maritime,

l’ensemble de règles de droit maritime qui a été emprunté à l’Angleterre pour constituer le droit maritime canadien englobait à la fois les règles et principes spéciaux en matière d’amirauté et les règles et principes puisés dans la *common law* et appliqués aux affaires d’amirauté selon que ces règles et principes ont été, et continuent d’être, modifiés et élargis dans la jurisprudence canadienne. [p. 776]

[15] Dans l’arrêt *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683, le juge La Forest, s’exprimant au nom de la majorité, a tiré la même conclusion au sujet des règles du mandat. Voici ce qu’il a écrit :

... notre Cour à la majorité a conclu dans l’affaire *ITO* que le droit maritime canadien englobait les principes de *common law* en matière de responsabilité délictuelle, de contrats et de dépôt. À ceux-ci j’ajouterais le mandat, à supposer que ce soit vraiment un ajout, car on ne se rend

when one considers the interplay between contract, agency and tort, to say nothing of bailment. [p. 696]

Justice L'Heureux-Dubé, writing in concurrence in *Q.N.S.*, emphasized that where Canadian maritime law does not provide a specific rule governing the situation at hand, courts must extract and adopt relevant principles of law from both the common law and civil law, where appropriate, so as to provide for a coherent resolution to the dispute (p. 725). Such a method for discerning new Canadian maritime law rules would only be necessary if Canadian maritime law represented a comprehensive body of law capable of resolving any dispute.

[16] Finally, in *Bow Valley*, the plaintiffs sought to rely upon the Newfoundland *Contributory Negligence Act*, R.S.N. 1990, c. C-33, in the context of a maritime negligence action. They argued that it applied because there was an “absence of federal law” (para. 89) on the matter within Canadian maritime law. Justice McLachlin (as she then was) wrote, in answer to this argument:

On the view I take, there is no “gap” that would allow for the application of provincial law. While the federal government has not passed contributory negligence legislation for maritime torts, the common law principles embodied in Canadian maritime law remain applicable in the absence of federal legislation. The question is not whether there is federal maritime law on the issue, but what that law decrees. [Emphasis added; para. 89.]

[17] All of these passages reflect an understanding of Canadian maritime law as a seamless web of law that exists in parallel to the common law and that is capable of resolving any dispute falling within the scope of its application. In this way, there are no “gaps” in Canadian maritime law, just as there are no “gaps” in the common law. And the application of common law or civil law rules within

jamais aussi clairement compte de l'unité du droit que lorsqu'on examine l'interaction entre les domaines des contrats, du mandat et de la responsabilité délictuelle, sans parler du dépôt. [p. 696-697]

Toujours dans l'arrêt *Q.N.S.*, la juge L'Heureux-Dubé, dans des motifs concordants, a souligné que, lorsque le droit maritime canadien ne prévoit aucune règle précise qui soit applicable à la situation dont il est saisi, le tribunal doit puiser à même la common law et le droit civil les principes de droit pertinents et les adopter, au besoin, afin d'offrir un fondement cohérent pour la résolution du litige (p. 725). Cette méthode de détermination des nouvelles règles du droit maritime canadien ne serait nécessaire que si le droit maritime canadien constituait un ensemble exhaustif de règles de droit permettant de résoudre tous les litiges.

[16] Enfin, dans l'affaire *Bow Valley*, les demandereses ont cherché à s'appuyer sur la *Contributory Negligence Act* de Terre-Neuve, R.S.N. 1990, c. C-33, dans le contexte d'une action pour négligence en matière maritime. Elles ont fait valoir que cette loi s'appliquait en raison de « l'absence de règles de droit fédéral » (par. 89) sur la question qui relevait du droit maritime canadien. En réponse à cet argument, la juge McLachlin (plus tard juge en chef) a écrit ce qui suit :

Suivant le point de vue que j'adopte, il n'existe pas de « vide » qui justifierait l'application du droit provincial. Bien que le gouvernement fédéral n'ait pas adopté de loi concernant la négligence contributive en matière de délits maritimes, les principes de common law incorporés dans le droit maritime canadien restent applicables en l'absence de législation fédérale. La question n'est pas de savoir s'il existe des règles de droit maritime fédérales sur la question en litige, mais plutôt de savoir ce que dicte ce droit. [Nous soulignons; par. 89.]

[17] Tous ces passages montrent que le droit maritime canadien est considéré comme un ensemble homogène de règles de droit qui existe parallèlement à la common law et qui permet de résoudre tout litige relevant de son champ d'application. De cette façon, il n'y a pas de « vide » dans le droit maritime canadien, tout comme il n'y a pas de « vide » dans la common law. Et l'application de règles de

Canadian maritime law is not an incidental application of provincial private law; they are rather part of that body of federal law (*ITO*, at p. 782; *Ordon Estate*, at para. 71). We thus disagree with TDI's position that there is no rule within Canadian maritime law that could govern the contractual dispute between the parties in the instant case. Consistent with McIntyre J.'s statement in *ITO* that Canadian maritime law is a body of federal law encompassing the common law principles of contract (p. 779), the common law principles relating to the enforceability of contractual limitation of liability clauses for latent defects are very likely part of this body of law. However, given our conclusion that Canadian maritime law is ultimately not the governing law in this case, we need not decide this issue.

[18] Before concluding this section, one further aspect of Canadian maritime law should be noted. Much of Canadian maritime law is non-statutory law (*Ordon Estate*, at para. 71), meaning that its principles are derived from precedent and custom. It also means that Canadian maritime law is liable to be developed judicially unless and until it is supplanted by validly enacted federal legislation. The fact that Canadian maritime law has been incorporated into Canadian law by statute, or that it includes precedents that themselves relied upon English statutes, does not change its character into statutory law, rendering it untouchable by the courts that created it. This Court has long taken the view that courts can continue to modify and expand judge-made rules introduced by statute (*Porto Seguro Companhia De Seguros Gerais v. Belcan S.A.*, [1997] 3 S.C.R. 1278, at paras. 23-24).

(2) Content: How Are the Substantive Rules of Canadian Maritime Law Determined?

[19] In general, Canadian maritime law includes (but is not limited to) the body of law administered in England by the High Court on its Admiralty side

common law ou de droit civil en droit maritime canadien n'est pas une application accessoire du droit privé provincial; ces règles font plutôt partie de cet ensemble de règles de droit fédérales (*ITO*, p. 782; *Succession Ordon*, par. 71). Nous ne partageons donc pas l'avis de TDI, qui soutient qu'il n'existe aucune règle en droit maritime canadien qui pourrait régir le litige contractuel opposant les parties dans l'affaire qui nous occupe. Conformément à l'énoncé du juge McIntyre dans *ITO*, selon lequel le droit maritime canadien est un ensemble de règles de droit fédérales qui englobe les principes de common law en matière de contrats (p. 779), les principes de common law relatifs à l'applicabilité des clauses contractuelles de limitation de responsabilité pour les vices cachés font fort probablement partie de cet ensemble de règles de droit. Cependant, compte tenu de notre conclusion voulant que le droit maritime canadien n'est pas, en définitive, le droit qui s'applique en l'espèce, nous n'avons pas à trancher cette question.

[18] Avant de conclure la présente partie, il convient de souligner un autre aspect du droit maritime canadien. Une grande partie du droit maritime canadien est d'origine non statutaire (*Succession Ordon*, par. 71), c'est-à-dire que ses principes sont tirés de la jurisprudence et des coutumes. Cela veut aussi dire qu'il est susceptible d'évoluer au gré de la jurisprudence tant et aussi longtemps qu'il ne sera pas remplacé par une loi fédérale valablement adoptée. Ce n'est pas parce que le droit maritime canadien a été incorporé au droit canadien par voie législative, ou qu'il comprend des décisions judiciaires qui sont elles-mêmes fondées sur des lois anglaises, qu'il est pour autant de nature législative et qu'il devient de ce fait intouchable par les tribunaux qui l'ont créé. Notre Cour a depuis longtemps adopté le point de vue que les tribunaux peuvent continuer de modifier et d'élargir les règles jurisprudentielles introduites par voie législative (*Porto Seguro Companhia De Seguros Gerais c. Belcan S.A.*, [1997] 3 R.C.S. 1278, par. 23-24).

(2) Contenu : comment sont déterminées les règles substantielles du droit maritime canadien?

[19] De façon générale, le droit maritime canadien comprend (sans s'y limiter) l'ensemble de règles de droit appliquées en 1934 en Angleterre par la Haute

in 1934, as that body of law has been amended by the Parliament of Canada and developed by judicial precedent (*ITO*, at pp. 771 and 776; *Ordon Estate*, at para. 71). That body of law is an “amalgam of principles deriv[ed] in large part from both the common law and the civilian tradition” (*Ordon Estate*, at para. 71; *Q.N.S.*, at pp. 695-96). And it borrows from many common law doctrines — like tort, contract, bailment, and agency — to resolve disputes within its scope of application (*ITO*, at p. 776; *Q.N.S.*, at p. 696).

[20] Because the scope of Canadian maritime law is limited only by the scope of the federal power over navigation and shipping, there may or may not be readily apparent rules that apply to maritime aspects of every dispute. However, as already noted, the absence of readily apparent “rules” does not mean that no Canadian maritime law exists; rather, like the common law, Canadian maritime law is ubiquitous and develops rules by analogy where a matter falls within its ambit (see above, at para. 17).

[21] In this regard, the Court’s decisions in *Ordon Estate* and *Q.N.S.* provide guidance as to how to ascertain the relevant rules of Canadian maritime law. In *Ordon Estate*, Iacobucci and Major JJ. wrote, for a unanimous court, that

it is important to canvass all of the relevant sources of Canadian maritime law when seeking to determine whether an issue has already been addressed. Canadian maritime law has sources which are both statutory and non-statutory, national and international, common law and civilian . . . includ[ing], but . . . not limited to, the specialized rules and principles of admiralty, and the rules and principles adopted from the common law and applied in admiralty cases, as administered in England by the High Court on its Admiralty side in 1934 and as amended by the Canadian Parliament and developed by judicial precedent to date. [para. 75]

[22] Even where Canadian maritime law does not provide a specific rule governing a maritime issue,

Cour, dans sa juridiction d’amirauté, qui peuvent avoir été modifiées par le Parlement fédéral et qui se sont développées au gré des précédents judiciaires (*ITO*, p. 771 et 776; *Succession Ordon*, par. 71). Cet ensemble de règles de droit constitue « un amalgame de principes dérivant en grande partie à la fois de la common law et de la tradition civiliste » (*Succession Ordon*, par. 71; *Q.N.S.*, p. 695-696), et il puise à même plusieurs doctrines de common law — comme la responsabilité délictuelle, les contrats, le dépôt et le mandat — pour résoudre les litiges relevant de son champ d’application (*ITO*, p. 776; *Q.N.S.*, p. 696).

[20] Étant donné que la portée du droit maritime canadien n’est limitée que par la portée de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires, il peut ou non y avoir des règles évidentes qui s’appliquent aux aspects maritimes de tout litige. Toutefois, comme nous l’avons mentionné, l’absence de « règles » évidentes ne veut pas dire que le droit maritime canadien n’existe pas; en fait, à l’instar de la common law, le droit maritime canadien est omniprésent et ses règles sont élaborées par analogie lorsqu’une affaire relève de son champ d’application (voir le par. 17 des présents motifs).

[21] À cet égard, les arrêts *Succession Ordon* et *Q.N.S.* de la Cour fournissent des indications sur la façon de déterminer les règles applicables du droit maritime canadien. Dans l’arrêt *Succession Ordon*, s’exprimant au nom de la Cour, les juges Iacobucci et Major ont écrit ce qui suit :

. . . il est important de passer en revue toutes les sources pertinentes de droit maritime canadien pour déterminer si une question a déjà été abordée. Ces sources sont à la fois législatives et non législatives, nationales et internationales, de common law et civilistes [. . .] [et elles] comprennent, mais sans s’y restreindre, à la fois les règles et principes spéciaux applicables en matière d’amirauté ainsi que les règles et principes puisés dans la common law et appliqués aux affaires d’amirauté, tels qu’ils étaient appliqués en 1934 en Angleterre par la Haute Cour en sa compétence d’amirauté, et qui ont été modifiés par le Parlement canadien et se sont développés jusqu’à ce jour au gré de la jurisprudence. [par. 75]

[22] Même lorsque le droit maritime canadien ne prévoit aucune règle précise applicable à une question

courts must rely on a similar comparative methodology. In *Q.N.S.*, L'Heureux-Dubé J. wrote that “if either the common law or the civil law offers a ‘more coherent and certain basis’ for resolving the matter at issue, the best solution should be chosen” (p. 725). While L'Heureux-Dubé J. wrote about this in a concurring judgment, the majority in *Q.N.S.* also contemplated employing a comparative methodology when dealing with unaddressed questions under Canadian maritime law (*Q.N.S.*, at p. 697, per La Forest J.). To the foregoing approach we would add that courts faced with ascertaining Canadian maritime law rules should have regard to related statutes (national and foreign) as well as international agreements and conventions to which Canada is a party (*Ordon Estate*, at paras. 75 and 79; *Q.N.S.*, at p. 697, per La Forest J.; A. Chircop et al., *Canadian Maritime Law* (2nd ed. 2016), at p. 173).

[23] If a rule of Canadian maritime law has previously been determined, courts may be asked to reform it. In those instances, courts must “determine whether or not it is appropriate for Canadian non-statutory maritime law to be altered in accordance with the principles for judicial reform of the law as developed by [the] Court in *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, and *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, as well as in *Bow Valley Husky*, . . . and in [*Ordon Estate*]” (*Ordon Estate*, at para. 76). This inquiry should consider “not only the social, moral and economic fabric of Canadian society, but also the fabric of the broader international community of maritime states, including the desirability of achieving uniformity between jurisdictions in maritime law matters” (*Ordon Estate*, at para. 79). This is what the Court meant when it stated in *Ordon Estate* that “Canadian maritime law is not static or frozen. The general principles established by [the] Court with respect to judicial reform of the law apply to the reform of Canadian maritime law, allowing development in the law where the appropriate criteria are met” (*Ordon Estate*, at para. 71, citing *ITO*, *Bow Valley* and *Porto Seguro*).

maritime, les tribunaux doivent recourir à une méthode comparative semblable. Dans *Q.N.S.*, la juge L'Heureux-Dubé a écrit que « si l'un ou l'autre de la *common law* ou du droit civil offre un “fondement plus cohérent et plus solide” pour la résolution de la question en litige, c'est la meilleure solution qu'on doit retenir » (p. 725). Bien que la juge L'Heureux-Dubé ait écrit cela dans des motifs concordants, les juges majoritaires dans *Q.N.S.* ont également envisagé le recours à une méthode comparative pour statuer sur des questions jamais abordées en droit maritime canadien (*Q.N.S.*, p. 697, le juge La Forest). À propos de la méthode susmentionnée, nous ajouterions que les tribunaux qui doivent déterminer les règles de droit maritime canadien applicables devraient tenir compte des lois connexes (nationales et étrangères) et des conventions et accords internationaux auxquels le Canada est partie (*Succession Ordon*, par. 75 et 79; *Q.N.S.*, p. 697, le juge La Forest; A. Chircop et autres, *Canadian Maritime Law* (2^e éd. 2016), p. 173).

[23] Si une règle de droit maritime canadien a déjà été établie, les tribunaux pourraient être appelés à la modifier. Dans de tels cas, ils doivent « déterminer s'il convient de modifier une règle non législative du droit maritime canadien en respectant les principes de réforme du droit par les tribunaux qui ont été élaborés par notre Cour dans les arrêts *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, et *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, de même que dans l'arrêt *Bow Valley Husky*, [. . .] et dans [*Succession Ordon*] » (*Succession Ordon*, par. 76). Cet examen doit tenir compte « non seulement du tissu social, moral et économique de la société canadienne, mais aussi du tissu de la collectivité internationale plus large que constituent les États maritimes et notamment de l'opportunité d'uniformiser les règles appliquées par les différentes autorités législatives aux affaires relevant du droit maritime » (*Succession Ordon*, par. 79). C'est ce que la Cour a voulu dire lorsqu'elle a affirmé dans *Succession Ordon* que « le droit maritime canadien n'est ni statique ni figé. Les principes généraux formulés par [la] Cour relativement à la réforme du droit par les tribunaux s'appliquent à la réforme du droit maritime canadien, permettant ainsi l'évolution du droit lorsque les critères applicables sont respectés » (*Succession Ordon*, par. 71, citant *ITO*, *Bow Valley* et *Porto Seguro*).

(3) Scope: What Is the Relationship Between Canadian Maritime Law and Navigation and Shipping?

[24] While the *F.C.A.* recognizes that Canadian maritime law exists, and that the Federal Court has jurisdiction when someone makes a claim by virtue of it, it does not explicitly state *when* Canadian maritime law purports to govern a particular claim. Some, like the majority of the Court of Appeal (2017 QCCA 1471) in this case, have pointed to s. 22(2) of the *F.C.A.* in this regard; it lists — non-exhaustively — various maritime-related claims over which the Federal Court has been granted jurisdiction. For example, s. 22(2)(m) and s. 22(2)(n) state:

Maritime jurisdiction

(2) Without limiting the generality of subsection (1), for greater certainty, the Federal Court has jurisdiction with respect to all of the following:

...

(m) any claim in respect of goods, materials or services wherever supplied to a ship for the operation or maintenance of the ship, including, without restricting the generality of the foregoing, claims in respect of stevedoring and lighterage;

(n) any claim arising out of a contract relating to the construction, repair or equipping of a ship;

[25] However, while s. 22(2) of the *F.C.A.* may be an indication by Parliament of the *intended* scope of Canadian maritime law, it is not determinative. As the Court explained in *ITO*, this section “does no more than grant jurisdiction, and it does not create operative law” (p. 772). As a result, we disagree with the majority of the Court of Appeal that s. 22(2) can “dispose of the issue” absent a constitutional challenge (para. 90).

[26] The closest the *F.C.A.* comes to defining the scope of Canadian maritime law is in s. 2, where

(3) Portée : quel est le lien entre le droit maritime canadien et la navigation et les bâtiments ou navires?

[24] Si la *L.C.F.* reconnaît que le droit maritime canadien existe et que la Cour fédérale a compétence sur les demandes présentées sur son fondement, elle n’indique pas expressément *dans quelles circonstances* il est censé régir une demande particulière. À l’instar des juges majoritaires de la Cour d’appel (2017 QCCA 1471) dans la présente affaire, certains ont invoqué le par. 22(2) de la *L.C.F.* à cet égard; celui-ci énumère — de façon non exhaustive — diverses demandes en matière maritime sur lesquelles la Cour fédérale a compétence. Par exemple, les al. 22(2)m) et 22(2)n) prévoient ceci :

Compétence maritime

(2) Il demeure entendu que, sans préjudice de la portée générale du paragraphe (1), elle a compétence dans les cas suivants :

...

m) une demande relative à des marchandises, matériels ou services fournis à un navire pour son fonctionnement ou son entretien, notamment en ce qui concerne l’acconage et le gabarage;

n) une demande fondée sur un contrat de construction, de réparation ou d’équipement d’un navire;

[25] Toutefois, bien que le par. 22(2) de la *L.C.F.* puisse nous informer sur la portée que le législateur *entendait* donner au droit maritime canadien, il n’est pas déterminant. Comme la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *ITO*, ce paragraphe « n’est qu’attributif de compétence; il ne crée pas de règle de droit applicable » (p. 772). C’est pourquoi nous ne sommes pas d’accord avec les juges majoritaires de la Cour d’appel pour dire que le par. 22(2) permet de [TRANSDUCTION] « trancher la question » s’il n’y a pas de contestation constitutionnelle (par. 90).

[26] C’est l’art. 2 de la *L.C.F.*, où il est question de cet ensemble de règles de droit défini par une

it refers to that body of law being defined by an “unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters”. As a result, we must look to case law to determine the scope of Canadian maritime law. The Court dealt with that question in *ITO*. There, the Court held that Canadian maritime law governs any matter that is integrally connected to “maritime or admiralty matters” and is limited only by s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. Justice McIntyre wrote:

... Canadian maritime law [is] a body of federal law dealing with all claims in respect of maritime and admiralty matters. . . . [T]he words “maritime” and “admiralty” should be interpreted within the modern context of commerce and shipping. In reality, the ambit of Canadian maritime law is limited only by the constitutional division of powers in the *Constitution Act, 1867*. I am aware in arriving at this conclusion that a court, in determining whether or not any particular case involves a maritime or admiralty matter, must avoid encroachment on what is in “pith and substance” a matter of local concern involving property and civil rights or any other matter which is in essence within exclusive provincial jurisdiction under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. It is important, therefore, to establish that the subject-matter under consideration in any case is so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal legislative competence. [Emphasis added; p. 774.]

In this passage, by referring to the constitutional division of powers, McIntyre J. clarified that the scope of Canadian maritime law is limited only by the scope of the federal head of power over navigation and shipping.

[27] In the same vein, in *Ordon Estate*, this Court essentially construed “maritime and admiralty matters” under s. 2 of the *F.C.A.* as being limited only by the constitutional division of powers. The Court reiterated that Canadian maritime law extends to all matters that are integrally connected to navigation and shipping:

The first step [when determining whether provincial statutes may apply in a maritime context] involves

« compétence illimitée en matière maritime et d’amirauté », qui se rapproche le plus d’une définition de la portée du droit maritime canadien. Par conséquent, nous devons examiner la jurisprudence pour déterminer la portée du droit maritime canadien. La Cour s’est penchée sur la question dans l’arrêt *ITO*. Elle a conclu que le droit maritime canadien régit toute demande qui est intégralement liée aux « affaires maritimes ou d’amirauté » et qu’il n’est limité que par l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le juge McIntyre a écrit ceci :

... [le] droit maritime canadien [est] un ensemble de règles de droit fédérales portant sur toute demande en matière maritime et d’amirauté. [. . .] [L]es termes « maritime » et « amirauté » doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau. En réalité, l’étendue du droit maritime canadien n’est limitée que par le partage constitutionnel des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je n’ignore pas, en tirant cette conclusion, que la cour, en déterminant si une affaire donnée soulève une question maritime ou d’amirauté, doit éviter d’empiéter sur ce qui constitue, de par son caractère véritable, une matière d’une nature locale mettant en cause la propriété et les droits civils ou toute autre question qui relève essentiellement de la compétence exclusive de la province en vertu de l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est donc important de démontrer que la question examinée dans chaque cas est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale. [Nous soulignons; p. 774.]

Dans ce passage, en renvoyant au partage constitutionnel des compétences, le juge McIntyre a précisé que la portée du droit maritime canadien est limitée seulement par la portée de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires.

[27] Dans la même veine, dans l’arrêt *Succession Ordon*, la Cour a essentiellement interprété les termes « matière maritime et d’amirauté » de l’art. 2 de la *L.C.F.* comme étant limités seulement par le partage constitutionnel des compétences. La Cour a rappelé que le droit maritime canadien s’étend à toutes les affaires qui sont intégralement liées à la navigation et aux bâtiments ou navires :

Le premier volet [s’agissant de déterminer si les lois provinciales peuvent s’appliquer dans un contexte

a determination of whether the specific subject matter at issue in a claim is within the exclusive federal legislative competence over navigation and shipping under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*. . . . The test for making this determination is to ask whether the subject matter under consideration in the particular case is so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal legislative competence. [para. 73]

(See also *Isen v. Simms*, 2006 SCC 41, [2006] 2 S.C.R. 349, at para. 21, and *Bow Valley*, at paras. 83-84 and 86.)

[28] Construing “maritime and admiralty matters” as being circumscribed by the scope of navigation and shipping is in keeping with the presumption of constitutional compliance, which provides that “if the text of the legislation is capable of bearing a meaning that is constitutionally valid, then the courts will give it that meaning” (J. M. Keyes and C. Diamond, “Constitutional Inconsistency in Legislation — Interpretation and the Ambiguous Role of Ambiguity” (2017), 48 *Ottawa L. Rev.* 313, at p. 319; see also *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, at pp. 803-4; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 523; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at pp. 15-23 and 15-26).

[29] Courts have thus had to develop a way to ensure that Canadian maritime law remains within its constitutional bounds. The purpose of the “integral connection test” was (and is) to permit Canadian maritime law to apply only to the extent that doing so is constitutionally permissible. An inquiry into the scope of Canadian maritime law is therefore “simultaneously an inquiry as to the scope and content of an important aspect of Parliament’s exclusive jurisdiction over navigation and shipping” (*Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273, at p. 1290). As we will explain below, the integral connection test is thus constitutional in nature; in order to ascertain whether Canadian maritime law may apply to a dispute, it is necessary to determine whether the matter comes within the scope of navigation and shipping under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*.

maritime] vise à déterminer si la question précise en litige dans une action relève de la compétence législative fédérale exclusive sur la navigation et les expéditions par eau en vertu du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. [. . .] [L]e critère applicable est de se demander si la question examinée dans une instance donnée est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale. [par. 73]

(Voir aussi *Isen c. Simms*, 2006 CSC 41, [2006] 2 R.C.S. 349, par. 21, et *Bow Valley*, par. 83-84 et 86.)

[28] Interpréter les termes « en matière maritime et d’amirauté » comme étant restreints par la portée de la compétence relative à la navigation et aux bâtiments ou navires s’accorde avec la présomption de constitutionnalité voulant que [TRADUCTION] « s’il est possible de donner au libellé de la loi un sens qui est constitutionnel, alors les tribunaux lui donneront ce sens » (J. M. Keyes et C. Diamond, « Constitutional Inconsistency in Legislation — Interpretation and the Ambiguous Role of Ambiguity » (2017), 48 *R.D. Ottawa* 313, p. 319; voir aussi *McKay c. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, p. 803-804; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 523; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 15-23 et 15-26).

[29] Les tribunaux ont donc dû trouver une façon de veiller à ce que le droit maritime canadien demeure dans les limites fixées par la Constitution. Le « test du lien intégral » visait (et vise) à ce que le droit maritime canadien s’applique seulement dans la mesure où cela est permis sur le plan constitutionnel. Un examen de la portée du droit maritime canadien est donc « aussi un examen de la portée et du contenu d’un aspect important de la compétence exclusive du Parlement sur la navigation et les expéditions par eau » (*Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, p. 1290). Comme nous l’expliquerons plus loin, le test du lien intégral est donc de nature constitutionnelle : afin d’établir si le droit maritime canadien peut s’appliquer à un litige, il faut se demander si l’affaire relève de la compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires prévue au par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

B. *Parliament's Legislative Authority Over the Matter at Issue*

[30] TDI argues that Canadian maritime law cannot validly regulate its contractual dispute, because the dispute is, in pith and substance, a matter of property and civil rights, and is not integrally connected to navigation and shipping. We disagree with this contention, even though we ultimately conclude that the *C.C.Q.* governs the dispute. Below, we address the two stages of the division of powers analysis: *characterizing* the matter at issue and *classifying* it according to the different heads of legislative power (*Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189, at para. 86; G. Régimbald and D. Newman, *The Law of the Canadian Constitution* (2nd ed. 2017), at p. 175). As we will explain, this analysis takes on a particular form where navigation and shipping — and more particularly, Canadian non-statutory maritime law — is concerned.

(1) The Characterization of the Matter as a Sale of Marine Engine Parts for Use on a Commercial Vessel

[31] Where a statute or a specific provision is challenged, the first stage of the analysis, *characterization*, requires courts to examine its purpose and effects with a view to identifying its “main thrust” or “dominant or most important characteristic”, that is, the matter to which it essentially relates (*Canadian Western Bank*, at para. 26; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, at paras. 15-16; *Whitbread*, at p. 1286; Hogg, at p. 15-7). This is generally referred to as the “pith and substance” test.

[32] When it comes to a dispute purportedly governed by Canadian maritime law, however, courts are tasked with determining on a case-by-case basis whether Canadian maritime law can validly extend to that dispute. Even in the absence of a specific federal enactment, characterization is crucial in ascertaining

B. *La compétence législative du Parlement sur la matière en cause*

[30] TDI fait valoir que le droit maritime canadien ne peut valablement régir le présent litige contractuel parce que, de par son caractère véritable, celui-ci se rapporte à une question de propriété et de droits civils et n'est pas intégralement lié à la navigation et aux bâtiments ou navires. Nous ne sommes pas d'accord avec cette prétention, même si nous concluons en fin de compte que le *C.c.Q.* régit le litige. Nous traiterons des deux étapes de l'analyse du partage des compétences, à savoir la *qualification* de la matière en cause et la *classification* de cette matière en fonction des différents chefs de compétence législative (*Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189, par. 86; G. Régimbald et D. Newman, *The Law of the Canadian Constitution* (2^e éd. 2017), p. 175). Comme nous l'expliquerons, cette analyse prend une forme particulière lorsqu'il est question de navigation et de bâtiments ou navires — et plus particulièrement, de droit maritime canadien non statutaire.

(1) La qualification de la matière en tant que vente de pièces de moteur de navire destinées à un bâtiment commercial

[31] Lorsqu'une loi ou une disposition précise est contestée, la première étape de l'analyse, la *qualification*, exige des tribunaux qu'ils examinent son objet et ses effets afin de déterminer son « objet principal » ou sa « caractéristique dominante ou la plus importante », c'est-à-dire la matière à laquelle elle se rattache essentiellement (*Banque canadienne de l'Ouest*, par. 26; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783, par. 15-16; *Whitbread*, p. 1286; Hogg, p. 15-7). C'est ce qu'on appelle généralement le test du « caractère véritable ».

[32] Cependant, lorsqu'il s'agit d'un litige qui peut être régi par le droit maritime canadien, les tribunaux doivent déterminer au cas par cas si le droit maritime canadien peut valablement s'y appliquer. Même en l'absence d'une disposition fédérale expresse, la qualification est essentielle pour établir si le Parlement

whether Parliament has authority to legislate in relation to the matter and, therefore, whether Canadian maritime law applies to the dispute. In this regard, we note that a traditional “pith and substance” analysis has never been applied by the Court in the context of Canadian non-statutory maritime law. We also note that the ultimate issue then is not about jurisdiction over a *claim*, but about which level of government has legislative authority over the *substantive body of law* at issue (see *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 363, at p. 379). To use the wording of ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*, characterization is the first step in determining whether Parliament or a legislature can “make Laws in relation to Matters coming within the [enumerated] Classes of Subjects” (emphasis added). In other words, our task is not to take a narrow approach focusing on the claim only, but rather to determine what body of law pertains to the claim — and which level of government can legislate over that body of law. We consider that this is how the Court conducted its analysis in *Wire Rope*:

I am therefore of the view that the claims made against *Wire Rope* come within Canadian maritime law as defined in the *Federal Court Act*. There can be no doubt in my mind that the substantive law relating to these claims falls within federal legislative competence under s. 91.10 of the *British North America Act*, being in relation to navigation and shipping. There is therefore law of Canada relating to the issues arising in this case upon which the jurisdiction of the Federal Court may operate. [Emphasis added; p. 379.]

[33] In our view, where, as here, the purportedly applicable Canadian maritime law is non-statutory, a slightly different approach to the pith and substance analysis is thus required. Rather than considering the purpose and effects of a statute or statutory provision, the matter should be characterized by looking at the substantive law at issue and to the particular fact situation (see *Ordon Estate*, at para. 73; *Isen*, at para. 21; *ITO*, at pp. 774-75).

a le pouvoir de légiférer en la matière et, en conséquence, pour savoir si le droit maritime canadien s’applique au litige. À cet égard, nous soulignons que la Cour n’a jamais procédé à une analyse traditionnelle du « caractère véritable » dans le contexte du droit maritime canadien non statutaire. Nous soulignons aussi que la question fondamentale ne porte alors pas sur la compétence à l’égard d’une *demande*, mais plutôt sur l’ordre de gouvernement qui a la compétence législative à l’égard de l’*ensemble de règles de droit substantiel* en cause (voir *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 363, p. 379). Pour reprendre le libellé des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la qualification est la première étape pour établir si le Parlement ou une législature peut « faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérées » (soulignement ajouté). Autrement dit, notre tâche n’est pas d’adopter une approche restrictive axée sur la demande seulement, mais plutôt d’établir quel ensemble de règles de droit se rapporte à la demande — et quel ordre de gouvernement peut légiférer à l’égard de cet ensemble de règles. Selon nous, c’est de cette façon que la Cour a mené son analyse dans *Wire Rope* :

Je suis par conséquent d’avis que les réclamations contre *Wire Rope* relèvent du droit maritime canadien défini à la *Loi sur la Cour fédérale*. Je suis convaincu que le droit positif concernant ces réclamations relève du pouvoir législatif fédéral aux termes du par. 91.10 de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique* puisqu’elles se rapportent à la navigation et aux bâtiments ou navires. Il existe par conséquent un droit canadien se rapportant aux questions soulevées en l’espèce sur lequel la Cour fédérale exerce sa compétence. [Nous soulignons; p. 379.]

[33] À notre avis, lorsque, comme en l’espèce, le droit maritime canadien prétendument applicable est non statutaire, une approche légèrement différente doit donc être utilisée en ce qui a trait à l’analyse du caractère véritable. Plutôt que d’examiner l’objet et les effets d’une loi ou d’une disposition législative, il faut qualifier la matière au moyen de l’examen du droit substantiel en cause et de la situation factuelle donnée (voir *Succession Ordon*, par. 73; *Isen*, par. 21; *ITO*, p. 774-775).

[34] Where the dispute is one in contract, what matters is the nature of the agreement (or the specific undertakings) at issue — as understood in light of the terms, the purpose of the contract, and the circumstances in which it was formed (*Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 S.C.R. 779, at pp. 796-97; *ITO*, at p. 775). By contrast, the nature and circumstances of the contractual breach are not determinative. This is so because the parties to a contract must be able to determine the governing law from the moment they negotiate it. It would defeat their expectations — and impede their capacity to organize their affairs effectively — if the governing law could change depending on events occurring *after* the formation of the contract. To provide a concrete example, in the present case, the fact that the defective engine part failed on the open water is of little import.

[35] The matter must always be characterized with precision for the sufficiency of the connection with the federal power over navigation and shipping to be properly assessed (see in the context of the pith and substance analysis, *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457, at para. 190, per LeBel and Deschamps JJ.; *Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624, at para. 16; H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6th ed. 2014), at p. 463; A. S. Abel, “The Neglected Logic of 91 and 92” (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, at p. 490). Vague and general characterizations are unhelpful in that they can be superficially assigned to various heads of powers. To use the colloquial language of Professor Abel, the matter should be “spelled out sufficiently to inform anyone asking, ‘What’s it all about?’” (p. 490). For example, the Court in *ITO* identified the matter at issue as “the negligence of a stevedore-terminal operator in the short-term storing of goods within the port area pending delivery to the consignee” (pp. 774-75).

[36] Turning to the present case, we are of the view that the matter at issue can be characterized, with appropriate precision, as the sale of marine engine parts intended for use on a commercial vessel. The

[34] Lorsque le litige est d’ordre contractuel, ce qui importe, c’est la nature de l’entente (ou des engagements précis) en cause — interprétée à la lumière des modalités et de l’objet du contrat ainsi que des circonstances dans lesquelles il a été conclu (*Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779, p. 796-797; *ITO*, p. 775). En revanche, la nature et les circonstances de la violation du contrat ne sont pas déterminantes. Il en est ainsi parce que les parties à un contrat doivent pouvoir déterminer le droit qui s’y applique dès qu’elles le négocient. Ce serait tromper leurs attentes — et nuire à leur capacité d’organiser leurs affaires efficacement — que de changer le droit applicable au gré d’événements survenus *après* la conclusion du contrat. Pour donner un exemple concret, dans la présente affaire, le fait que la pièce de moteur défectueuse ait brisé sur l’eau n’a guère d’importance.

[35] Il faut qualifier la matière avec précision afin que le caractère suffisant du lien avec la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires puisse être correctement évalué (dans le contexte de l’analyse du caractère véritable, voir *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457, par. 190, les juges LeBel et Deschamps; *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624, par. 16; H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6^e éd. 2014), p. 463; A. S. Abel, « The Neglected Logic of 91 and 92 » (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, p. 490). Les qualifications vagues et générales sont inutiles, car elles peuvent être artificiellement rattachées à plusieurs chefs de compétence. Pour reprendre le propos du professeur Abel, la matière doit être [TRADUCTION] « suffisamment décrite pour éclairer quiconque se demande : “De quoi est-il question?” » (p. 490). Par exemple, dans l’arrêt *ITO*, la Cour a décrit la matière en cause comme étant la « négligence dont aurait fait preuve un manutentionnaire acconier dans l’entreposage à court terme de marchandises à l’intérieur de la zone portuaire, en attendant leur livraison au destinataire » (p. 774-775).

[36] En ce qui concerne l’affaire qui nous occupe, nous estimons que la matière en cause peut être qualifiée, avec la précision nécessaire, de vente de pièces de moteur de navire destinées à un bâtiment

substantive law invoked, being Canadian maritime law, would arguably allow Wärtsilä — as the manufacturer and professional seller — to limit its liability by contract in the context of the sale of a bedplate, crankshaft and connecting rods to be installed in the ship’s main engine. But this cannot be considered in isolation, without regard to the extent of the parties’ obligations. Ultimately, this is part of a set of contract rules and principles dealing with the sale of marine engine parts intended for use on a commercial vessel. This is the matter at issue.

[37] We respectfully disagree with the characterization put forward by our colleagues, namely the “sale of goods, albeit in the maritime context” (para. 165). This expression is too vague and general. We are simply not tasked with deciding whether regulating the sale of goods in *any* potential “maritime context” falls within federal legislative authority. In our opinion, the “maritime context” at issue must necessarily be identified more narrowly so as to make it possible to determine, at the classification stage, whether the matter comes within the federal power over navigation and shipping. Indeed, the “sale of goods in the maritime context” could potentially capture very different fact situations — ranging from the sale of food to a ship’s cook to complex “Cost, Insurance & Freight” contracts in which the sale itself is intertwined with carriage by sea (see J. G. O’Connor, *Admiralty Jurisdiction and Canadian Maritime Law in the Federal Courts: The Next Forty Years*, October 28, 2011 (online), at pp. 14-15). While the latter would seem to fall within federal legislative authority, it seems highly doubtful in the case of the former. A narrower characterization is therefore necessary.

(2) The Classification of the Matter as Being Within Navigation and Shipping

[38] Once the matter has been characterized, courts must determine the “class[es] of subjects” into which

commercial. On pourrait soutenir que le droit substantiel invoqué, soit le droit maritime canadien, pourrait permettre à Wärtsilä — en tant que fabricant et vendeur professionnel — de limiter sa responsabilité contractuelle dans le contexte de la vente d’une assise de moteur, d’un vilebrequin et des bielles devant être installés dans le moteur principal du navire. Mais cette limitation de responsabilité ne peut être examinée isolément, sans égard à l’étendue des obligations des parties. En définitive, elle fait partie d’un ensemble de règles et de principes contractuels portant sur la vente de pièces de moteur de navire destinées à un bâtiment commercial. Il s’agit de la matière en cause.

[37] Avec égards, nous ne sommes pas d’accord avec la qualification proposée par nos collègues, soit la « vente de marchandises, bien qu’elle ait eu lieu dans le contexte maritime » (par. 165). Cette expression est trop vague et trop générale. Nous n’avons tout simplement pas à décider si la réglementation de la vente de marchandises dans *tout* « contexte maritime » potentiel relève de la compétence législative fédérale. À notre avis, le « contexte maritime » en cause doit nécessairement être plus restreint de sorte qu’il soit possible d’établir, à l’étape de la classification, si la matière relève de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires. En effet, la « vente de marchandises dans le contexte maritime » pourrait englober des situations de fait très différentes — de la vente d’aliments au cuisinier d’un navire aux contrats complexes de « coût, assurance et fret » dans lesquels la vente comme telle est étroitement liée au transport maritime (voir J. G. O’Connor, *La compétence en amirauté et le droit maritime canadien devant les Cours fédérales : Les 40 prochaines années*, 28 octobre 2011 (en ligne), p. 14-15). Si de tels contrats semblent relever de la compétence législative fédérale, il semble très peu probable que ce soit le cas de la vente d’aliments. Une qualification plus étroite est donc nécessaire.

(2) La classification de la matière comme relevant de la navigation et des bâtiments ou navires

[38] Une fois la matière qualifiée, les tribunaux doivent déterminer de quelle « catégorie [. . .] de

the matter falls (*Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693, at para. 29). This second stage can be described as *classification* (*Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, at para. 86).

[39] As our colleagues rightly point out, classification may sometimes be self-evident — and thus constitute a mere formality — once the law is properly characterized (para. 124, citing Hogg, at p. 15-8). But it is not always so. Sometimes, it requires considering the scope of the relevant head of power (see *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at paras. 65 and 69; *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, per LeBel and Deschamps JJ., at para. 159; *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569, at para. 29; Hogg, at pp. 15-6 and 15-7). In the present case, deciding whether Canadian maritime law could validly govern the matter ultimately comes down to the breadth of the navigation and shipping power and, more particularly, to the application of the integral connection test, which assists courts in determining whether a matter legitimately comes within this federal power.

[40] Before going further, we note our colleagues' statement that "[a]pplying different tests for different heads of power is a recipe for confusion and inconsistency in our Constitution's division of powers" (para. 145). In our view, there is in fact nothing exceptional in "the application of specific tests stating the scope of the particular powers" — like the integral connection test — once the matter is characterized (see Régimbald and Newman, at p. 177). On the contrary, it is rather common and indeed, often necessary to the proper working of the division of powers.

[41] The federal trade and commerce power offers a prime example. There, the Court developed a test for determining whether a matter properly comes within the general branch of s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867* (*Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, at paras. 101-3; *Reference*

« sujets » elle relève (*Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693, par. 29). Cette deuxième étape peut être décrite comme la *classification* (*Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, par. 86).

[39] Comme le soulignent à juste titre nos collègues, la classification peut parfois être évidente — et n'être ainsi qu'une simple formalité — une fois que la loi est dûment qualifiée (par. 124, citant Hogg, p. 15-8). Or, ce n'est pas toujours le cas. Il peut parfois être nécessaire d'examiner la portée du chef de compétence pertinent (voir *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 65 et 69; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, les juges LeBel et Deschamps, par. 159; *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569, par. 29; Hogg, p. 15-6 et 15-7). En l'espèce, la question de savoir si le droit maritime canadien peut valablement régir le litige dépend en définitive de la portée de la compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires et, plus particulièrement, de l'application du test du lien intégral, qui aide les tribunaux à décider si une matière relève légitimement de ce chef de compétence fédérale.

[40] Avant d'aller plus loin, nous notons l'énoncé de nos collègues selon lequel « [a]ppliquer différents critères à différents chefs de compétence risque de provoquer de la confusion et des incohérences dans le partage des compétences prévu par la Constitution » (par. 145). À notre avis, il n'y a en fait rien d'exceptionnel à [TRADUCTION] « l'application de critères précis énonçant la portée des compétences particulières » — comme le test du lien intégral — une fois la matière qualifiée (voir Régimbald et Newman, p. 177). Au contraire, c'est plutôt courant et même souvent nécessaire au bon fonctionnement du partage des compétences.

[41] La compétence fédérale en matière de trafic et de commerce offre un exemple parfait de ce qui précède. À cet égard, la Cour a élaboré un test servant à déterminer si la matière relève bien de la compétence générale mentionnée au par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (*Renvoi relatif à la*

re Securities Act, at paras. 6, 85 and 108; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at pp. 662-63). The criminal law power under s. 91(27) is also of note as the Court's jurisprudence requires that the matter satisfy three criteria: (i) a prohibition; (ii) backed by a penalty; (iii) with a criminal law purpose (*Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, at para. 33; *Reference re Firearms Act*, at paras. 12 and 27). Courts also inquire, for instance, whether a transaction comes within the "legitimate business of a banker" to determine if it is a matter "integral" to banking under s. 91(15) (*Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121, at pp. 145-47 and 149; *Tennant v. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31 (P.C.), at p. 46). These are just a few examples, but they illustrate that the integral connection test developed with respect to navigation and shipping is far from being an exception.

[42] That such approaches differ from one power to another is not an "inconsistency". This stems from the text and scheme of the *Constitution Act, 1867*: some powers are very broadly worded, others quite specific; some refer to legal concepts, others to activities, objects or persons; some can be construed by reference to one another through mutual modification, others cannot (see F. Chevrete and H. Marx, *Droit constitutionnel: Notes et jurisprudence* (1982), at pp. 281-82; D. W. Mundell, "Tests for Validity of Legislation under the *British North America Act*: A Reply to Professor Laskin" (1955), 33 *Can. Bar Rev.* 915, at pp. 919-21; W. R. Lederman, "Classification of Laws and the *British North America Act*", in *The Courts and the Canadian Constitution* (1964), 177, at pp. 192-93; P. J. Monahan, B. Shaw and P. Ryan, *Constitutional Law* (5th ed. 2017), at pp. 110-14). These approaches are also shaped by the federalism principle, in that they seek to safeguard the balance between federal and provincial legislative powers (see *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, at paras. 100-102; *Reference re Securities Act*, at paras. 61, 85 and 111). Canadian constitutional law would be impoverished — and

réglementation pancanadienne des valeurs mobilières, par. 101-103; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 6, 85 et 108; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 662-663). Il convient aussi de souligner la compétence en matière criminelle que prévoit le par. 91(27) puisque la jurisprudence de notre Cour exige que la matière réponde à trois critères : (i) une interdiction; (ii) assortie d'une sanction; (iii) pour réaliser un objet de droit criminel (*Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, par. 33; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, par. 12 et 27). Les tribunaux se demandent aussi, par exemple, si une opération entre dans « l'entreprise légitime d'un banquier » pour établir s'il s'agit d'une matière qui fait « intégralement partie » de la compétence sur les banques prévue au par. 91(15) (*Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, p. 145-147 et 149; *Tennant c. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31 (C.P.), p. 46). Ce ne sont là que quelques exemples, mais ils démontrent bien que le test du lien intégral élaboré en matière de navigation et de bâtiments ou navires est loin de constituer une exception.

[42] Que ces approches diffèrent d'une compétence à une autre ne constitue pas une « incohérence ». Il en est ainsi à cause du libellé et du régime de la *Loi constitutionnelle de 1867* : certaines compétences sont formulées en termes très généraux, d'autres de façon plus précise; certaines renvoient à des concepts juridiques, d'autres à des activités, à des objets ou à des personnes; certaines peuvent être interprétées par renvoi à une autre grâce à un processus de modification mutuelle, d'autres non (voir F. Chevrete et H. Marx, *Droit constitutionnel : Notes et jurisprudence* (1982), p. 281-282; D. W. Mundell, « Tests for Validity of Legislation under the *British North America Act* : A Reply to Professor Laskin » (1955), 33 *R. du B. can.* 915, p. 919-921; W. R. Lederman, « Classification of Laws and the *British North America Act* », dans *The Courts and the Canadian Constitution* (1964), 177, p. 192-193; P. J. Monahan, B. Shaw et P. Ryan, *Constitutional Law* (5^e éd. 2017), p. 110-114). Ces approches sont aussi influencées par le principe du fédéralisme, en ce qu'elles visent à préserver l'équilibre entre les compétences législatives fédérales et provinciales (voir *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des*

perhaps made unpredictable — if the Court were to jettison all particular approaches applied at the classification stage.

(a) *The Breadth of Navigation and Shipping*

[43] Parliament’s power over navigation and shipping has been broadly construed (*Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53, at para. 61; *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86, at para. 64; *Whitbread*, at pp. 1293, 1295 and 1299; *Triglav v. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 283, at p. 289; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529 (“*Stevedoring Reference*”), at pp. 535, 541, 548, 559 and 591; *Montreal City v. Montreal Harbour Commissioners*, [1926] A.C. 299 (P.C.), at pp. 312-13; *Queddy River Driving Boom Co. v. Davidson* (1883), 10 S.C.R. 222, at pp. 232-33, per Ritchie C.J.). Courts have interpreted the federal power generously in recognition of the national importance of the maritime industry, thereby permitting the development of uniform legal rules that apply across Canada. In the *Stevedoring Reference*, for instance, Rand J. justified an extensive interpretation of navigation and shipping by referring to their “special character . . . and to their international as well as national implications [as] an instrument of world wide service, vital to our economic life” (pp. 547-48). This remains the case nowadays (see *Chircop*, at pp. 11 and 18).

[44] A broad understanding of the federal power is consistent with the wording of the *Constitution Act, 1867*. As our colleagues note, s. 91(10) does not assign “maritime law” to Parliament but rather “navigation and shipping” (para. 148). This is significant. The head of power is not defined by reference to a discrete area of law — like criminal law (s. 91(27)) or bankruptcy and insolvency (s. 91(21)) — but instead covers *activities*. This is indeed one of the reasons

valeurs mobilières, par. 100-102; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 61, 85 et 111). Si la Cour devait abandonner toutes les approches particulières appliquées à l’étape de la classification, le droit constitutionnel canadien s’en trouverait appauvri — et deviendrait peut-être imprévisible.

a) *La portée de la compétence en matière de navigation et de bâtiments ou navires*

[43] La compétence du Parlement en matière de navigation et de bâtiments ou navires a été interprétée de façon large (*Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53, par. 61; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86, par. 64; *Whitbread*, p. 1293, 1295 et 1299; *Triglav c. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 283, p. 289; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529 (« *Affaire des débardeurs* »), p. 535, 541, 548, 559 et 591; *Montreal City c. Montreal Harbour Commissioners*, [1926] A.C. 299 (C.P.), p. 312-313; *Queddy River Driving Boom Co. c. Davidson* (1883), 10 R.C.S. 222, p. 232-233, le juge en chef Ritchie). Les tribunaux ont donné à la compétence fédérale une interprétation généreuse pour tenir compte de l’importance nationale de l’industrie maritime, favorisant ainsi l’élaboration de règles uniformes applicables partout au Canada. Dans l’*Affaire des débardeurs*, par exemple, le juge Rand a justifié l’interprétation large donnée à la compétence en matière de navigation et de bâtiments ou navires en évoquant son [TRADUCTION] « caractère spécial [. . .] et son incidence sur les plans international et national [à titre d’]instrument de service mondial, essentiel à notre vie économique » (p. 547-548). Cela est encore vrai (voir *Chircop*, p. 11 et 18).

[44] Donner à la compétence fédérale une interprétation large s’accorde avec le libellé de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme le soulignent nos collègues, le par. 91(10) n’attribue pas au Parlement la compétence sur le « droit maritime », mais plutôt sur la « navigation et les bâtiments ou navires » (para. 148). Cette nuance est importante. Le chef de compétence n’est pas défini par renvoi à un domaine précis du droit — comme la loi criminelle (par. 91(27)) ou la

why the scope of s. 91(10) cannot be circumscribed to the matters traditionally addressed by English maritime law through specialized rules and principles of admiralty (see *Ordon Estate*, at para. 71; *ITO*, at pp. 774 and 776; *Q.N.S.*, at pp. 696-97; *Monk*, at pp. 795 and 800-801).

[45] Put simply, Parliament can legislate so as to “establis[h] the framework of legal relationships arising out of navigation and shipping activities”, thereby bringing within federal legislative authority matters that would otherwise fall within provincial legislative authority (*Lafarge*, at paras. 62 and 66; see also *Ryan Estate*, at para. 61). In principle, Parliament can do so both through public law and private law rules (A. Braën, *Le droit maritime au Québec* (1992), at p. 68). As an example, it is well established that federal jurisdiction extends not only to the enactment of navigational “rules of the road”, or collision regulations, but also to the “tortious liability to which those rules are so closely related” (*Whitbread*, at p. 1296; see also *Ordon Estate*, at paras. 84-85).

[46] The same is true with respect to contractual matters. As a result, the Court has recognized that Parliament can regulate, for instance, contracts that relate to: carriage by sea (*Monk*, at pp. 796-800; see also *Tropwood A.G. v. Sivaco Wire & Nail Co.*, [1979] 2 S.C.R. 157, at p. 165; *Aris Steamship Co. v. Associated Metals & Minerals Corp.*, [1980] 2 S.C.R. 322); discharge of cargo, including incidental storage and rental of cranes (*Monk*, at pp. 798-99; the *Stevedoring Reference*, at pp. 574 and 578, per Locke J.); marine insurance (*Triglav*, at pp. 292-93 and 297-98); and marine agency (*Q.N.S.*, at pp. 696-98). Insofar as contract rules and principles are directed at activities that are integral to navigation and shipping, they can come within federal legislative authority (see *Triglav*, at pp. 292 and 298). This private law aspect of navigation and shipping explains why Canadian maritime law can validly constitute a seamless web including common law principles of tort, contract,

banqueroute et la faillite (par. 91(21)); il vise plutôt des *activités*. C’est d’ailleurs l’une des raisons pour lesquelles la portée du par. 91(10) ne peut se limiter aux questions habituellement régies par le droit maritime anglais au moyen de règles et principes spéciaux applicables en matière d’amirauté (voir *Succession Ordon*, par. 71; *ITO*, p. 774 et 776; *Q.N.S.*, p. 696-697; *Monk*, p. 795 et 800-801).

[45] En termes simples, le Parlement peut légiférer de façon à « établi[r] le cadre des relations juridiques découlant des activités propres à la navigation et aux bâtiments ou navires », et faire ainsi entrer dans le champ de compétence législative fédérale des matières qui seraient par ailleurs assujetties à la compétence législative provinciale (*Lafarge*, par. 62 et 66; voir aussi *Succession Ryan*, par. 61). En principe, le Parlement peut le faire par l’adoption de règles de droit public et par l’adoption de règles de droit privé (A. Braën, *Le droit maritime au Québec* (1992), p. 68). Par exemple, il est bien établi que la compétence fédérale s’étend non seulement à l’adoption de « règles de barre et de route » pour la navigation, ou de règles sur les abordages, mais aussi à « la responsabilité délictuelle à laquelle ces règles sont si intimement liées » (*Whitbread*, p. 1296; voir aussi *Succession Ordon*, par. 84-85).

[46] Cela vaut aussi en matière contractuelle. Ainsi, la Cour a reconnu que le Parlement peut réglementer, par exemple, les contrats qui portent sur : le transport maritime (*Monk*, p. 796-800; voir aussi *Tropwood A.G. c. Sivaco Wire & Nail Co.*, [1979] 2 R.C.S. 157, p. 165; *Aris Steamship Co. c. Associated Metals & Minerals Corp.*, [1980] 2 R.C.S. 322); le déchargement de la cargaison, y compris l’entreposage accessoire et la location de grues (*Monk*, p. 798-799; *Affaire des débardeurs*, p. 574 et 578, le juge Locke); l’assurance maritime (*Triglav*, p. 292-293 et 297-298); et le mandat en matière maritime (*Q.N.S.*, p. 696-698). Dans la mesure où les règles et principes contractuels visent des activités qui font partie intégrante du domaine de la navigation et des bâtiments ou navires, ils peuvent relever de la compétence législative fédérale (voir *Triglav*, p. 292 et 298). Cet aspect de droit privé du domaine de la navigation et des bâtiments ou navires explique pourquoi le droit maritime canadien peut valablement constituer un ensemble homogène

bailment and agency (see *ITO*, at pp. 779 and 782; *Q.N.S.*, at p. 696).

[47] We pause here to underline that this interpretation of federal legislative authority is specific to navigation and shipping. As the Court made clear in *Whitbread*, Parliament cannot enact a comprehensive body of private law — akin to Canadian maritime law — that would regulate other activities, works and undertakings that fall within federal jurisdiction:

There is in Parliament’s jurisdiction over railways (and other federal works and undertakings) nothing even remotely comparable to the body of maritime law that is a central feature of its jurisdiction over navigation and shipping. The tortious liability of those who own and operate railways, unlike that of those engaged in navigation and shipping generally, falls to be determined according to the ordinary and generally applicable law of negligence — that is, according to “provincial law”. [Emphasis added; p. 1300.]

[48] While navigation and shipping is broad, it is not without boundaries: no head of power can be “construed so broadly as to expand jurisdiction indefinitely” (*Ward*, at para. 30) such that it could be “used in a manner that effectively eviscerates another” (*Reference re Securities Act*, at para. 7). It follows that broad federal powers must necessarily be kept within proper bounds, especially where they have the potential — like s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867* — to overlap significantly with provincial powers. Otherwise, provincial legislative authority would risk being eroded through the effect of interjurisdictional immunity and federal paramountcy (see *Reference re Securities Act*, at paras. 71-72).

[49] This concern is reflected in the integral connection test that the Court has developed so as to

de règles qui comprend les principes de common law de la responsabilité délictuelle, des contrats, du dépôt et du mandat (voir *ITO*, p. 779 et 782; *Q.N.S.*, p. 696).

[47] Nous ouvrons ici une parenthèse pour souligner que cette interprétation de la compétence législative fédérale vise expressément la navigation et les bâtiments ou navires. Comme l’a clairement indiqué la Cour dans l’arrêt *Whitbread*, le Parlement ne peut adopter un ensemble exhaustif de règles de droit privé — semblable au droit maritime canadien — qui régirait d’autres activités, travaux et entreprises relevant de la compétence fédérale :

La compétence du Parlement en matière de chemins de fer (et autres travaux et entreprises de nature fédérale) n’a aucun trait même vaguement comparable avec l’ensemble des règles du droit maritime qui constitue la principale caractéristique de sa compétence en matière de navigation et d’expéditions par eau. La responsabilité délictuelle des propriétaires et exploitants de chemins de fer, contrairement à celle de ceux qui se livrent à la navigation et aux expéditions par eau en général, est déterminée selon les règles de droit ordinaires et généralement applicables en matière de négligence, c’est-à-dire selon la « loi provinciale ». [Nous soulignons; p. 1300.]

[48] Bien qu’elle soit vaste, la compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires n’est pas sans limites : aucun chef de compétence ne peut recevoir « une interprétation générale au point d’élargir à n’en plus finir la compétence en cause » (*Ward*, par. 30) de sorte qu’il puisse être « utilisé d’une manière telle que cela revienne en réalité à en vider un autre de son essence » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 7). Il s’ensuit que les vastes compétences du fédéral doivent nécessairement demeurer dans les limites qui s’imposent, surtout lorsqu’elles ont le potentiel — comme dans le cas du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* — d’empiéter considérablement sur les compétences des provinces. Sinon, les compétences législatives provinciales risqueraient d’être affaiblies par l’effet des doctrines de l’exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale (voir *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 71-72).

[49] Cette préoccupation se reflète dans le test du lien intégral que la Cour a élaboré pour faire en sorte

ensure that Canadian maritime law and laws enacted pursuant to s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, do not encroach on matters coming within provincial legislative powers (see *ITO*, at p. 774; *Ordon Estate*, at para. 73). We therefore part ways with our colleagues when they contend that this analytical framework should be laid to rest (paras. 142-46).

(b) *The Integral Connection Test*

[50] The integral connection test has a long pedigree in the Court’s jurisprudence. As we noted, its current articulation can be attributed to McIntyre J., who stated in *ITO* that it is important — for the purpose of avoiding an encroachment on matters coming within provincial legislative authority — “to establish that the subject-matter under consideration in any case is so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal legislative competence” (p. 774). But the notion of “integral connection” arguably can be traced back to the *Stevedoring Reference*, where Locke J. observed that stevedoring services form an “integral part of carrying on the activity of shipping” (p. 574). Also prior to *ITO*, the Court noted in *Triglav* that marine insurance is “an integral part of maritime law” and underlined the “close and indissoluble link between chartering and insurance” (p. 297). Since *ITO*, this approach has been applied and refined in several decisions of the Court, involving both non-statutory rules of Canadian maritime law (*Monk*, at pp. 795 and 800; *Bow Valley*, at paras. 84 and 86; *Ordon Estate*, at para. 73; *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, 2001 SCC 90, [2001] 3 S.C.R. 907, at para. 70; *Isen*, at paras. 20 and 24) and specific provisions of a statute or regulation (*Whitbread*, at pp. 1288-93; *Lafarge*, at para. 66).

[51] As the Court said in *Lafarge*, “[w]hether or not a particular activity is ‘integral’ to the exercise of a federal head of legislative power, or is ‘sufficiently linked’ to validate federal regulation, is essentially a factual inquiry” (para. 35). Put differently, the

que le droit maritime canadien et les lois adoptées en vertu du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* n’empiètent pas sur les matières relevant des compétences législatives provinciales (voir *ITO*, p. 774; *Succession Ordon*, par. 73). Nous ne partageons donc pas l’avis de nos collègues lorsqu’ils affirment que ce cadre d’analyse devrait être mis de côté (par. 142-146).

b) *Le test du lien intégral*

[50] Le test du lien intégral existe depuis longtemps dans la jurisprudence de notre Cour. Comme nous l’avons mentionné, la façon dont il est aujourd’hui formulé peut être attribuée au juge McIntyre, qui a affirmé dans l’arrêt *ITO* qu’il est important — pour éviter tout empiètement sur des matières relevant de la compétence législative provinciale — « de démontrer que la question examinée dans chaque cas est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale » (p. 774). Or, on peut sans doute faire remonter la notion de « lien intégral » à l’*Affaire des débardeurs*, dans laquelle le juge Locke a fait observer que les services d’acconage faisaient [TRADUCTION] « partie intégrante des activités liées aux bâtiments ou navires » (p. 574). Par ailleurs, avant l’arrêt *ITO*, la Cour a mentionné dans l’arrêt *Triglav* que l’assurance maritime est « une partie intégrante du droit maritime » et elle a souligné « le lien étroit, indissoluble qui rattache l’affrètement à l’assurance » (p. 297-298). Depuis l’arrêt *ITO*, la Cour a appliqué et peaufiné cette approche dans plusieurs arrêts portant sur les règles non statutaires du droit maritime canadien (*Monk*, p. 795 et 800; *Bow Valley*, par. 84 et 86; *Succession Ordon*, par. 73; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, 2001 CSC 90, [2001] 3 R.C.S. 907, par. 70; *Isen*, par. 20 et 24) ainsi que sur certaines dispositions d’une loi ou d’un règlement (*Whitbread*, p. 1288-1293; *Lafarge*, par. 66).

[51] Comme l’a affirmé la Cour dans l’arrêt *Lafarge*, « [d]éterminer si une activité en particulier fait “partie intégrante” de l’exercice d’un chef de compétence législative fédérale, ou si elle possède un “lien suffisant” pour valider un règlement fédéral,

examination is primarily concerned with the *factual* dimension of the matter at issue. For instance, the fact that the matter relates, from a legal viewpoint, to insurance, negligence, or planning and development of land uses, will rarely be determinative (see, e.g., *Triglav*, at p. 297; *Bow Valley*, at para. 84; *Lafarge*, at paras. 35, 62 and 66). There is no question that such matters would normally come within provincial legislative authority. But because the matter is “integrally connected” to navigation and shipping, it may legitimately be brought under federal legislative authority. It is useful to quote from *Lafarge*, where the Court held that planning the construction of a concrete batching facility on port lands could come within Parliament’s jurisdiction:

Our jurisprudence holds that a matter otherwise subject to provincial jurisdiction may be brought within federal jurisdiction if it is “closely integrated” with shipping and navigation. In *Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 S.C.R. 779, for example, it was held that claims for money owed for excess product delivered, demurrage, and the cost of renting the cranes used to unload goods (normally a contract claim within provincial jurisdiction over property and civil rights) were so “integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal competence”. This test of “close integration” was discussed in *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273, at p. 1299, where the Court held that certain provisions of the *Canada Shipping Act*, R.S.C. 1970, c. S-9, applied as well to pleasure craft as to commercial ships. See also *Zavarovalna Skupnost Triglav v. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 283, at p. 297. On that basis, it seems to us that jurisdiction over “marine-related port uses”, properly circumscribed and interpreted by reference to the shipping component, may also come within the reach of the federal power over navigation and shipping. [Underlining added; citation omitted; para. 66.]

[52] The integral connection test must be applied rigorously to avoid expanding the federal power over matters that are only remotely related to navigation

constitue essentiellement une question d’examen factuel » (par. 35). Autrement dit, l’examen porte essentiellement sur la dimension *factuelle* de la matière en cause. Par exemple, le fait que l’affaire porte, d’un point de vue juridique, sur une question d’assurance, de négligence ou d’utilisation des terres et d’aménagement des terrains sera rarement déterminant (voir, p. ex., *Triglav*, p. 297; *Bow Valley*, par. 84; *Lafarge*, par. 35, 62 et 66). Il ne fait aucun doute que ces matières relèveraient normalement de la compétence législative provinciale. Mais parce que la matière est « entièrement liée » à la navigation et aux bâtiments ou navires, elle pourrait légitimement relever de la compétence législative fédérale. Il est utile de citer un extrait de l’arrêt *Lafarge*, où la Cour a conclu que la planification de la construction d’une centrale à béton sur des terrains portuaires pourrait relever de la compétence du Parlement :

Suivant la jurisprudence de notre Cour, une matière par ailleurs assujettie à la compétence provinciale peut relever de la compétence fédérale si elle est « intégrée étroitement » au domaine de la navigation et des bâtiments ou navires. Par exemple, dans *Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779, la Cour a statué que les demandes pour le paiement de l’excédent de cargaison livré, des surestaries et du coût de location des grues aux fins du déchargement des marchandises (un recours contractuel relevant normalement de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils) étaient « entièrement liées aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale ». La Cour a examiné ce critère fondé sur « l’intégration étroite » dans l’arrêt *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, p. 1299, où elle a conclu que certaines dispositions de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1970, ch. S-9, s’appliquaient tant aux bateaux de plaisance qu’aux navires commerciaux. Voir également *Zavarovalna Skupnost Triglav c. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 283, p. 297. Pour ce motif, il nous semble que la compétence sur les utilisations portuaires « liées au secteur maritime », correctement circonscrite et interprétée en fonction du volet bâtiments ou navires, peut également relever du pouvoir fédéral sur la navigation et les bâtiments ou navires. [Nous soulignons; citation omise; par. 66.]

[52] Le test du lien intégral doit être appliqué rigoureusement pour éviter que la compétence fédérale englobe des matières qui ne se rattachent

and shipping. In this analysis, the ultimate question is whether the maritime elements of the matter are sufficient to render it integrally connected to the navigation and shipping head of power (*Bow Valley*, at paras. 84-85; *Lafarge*, at para. 35). Where Canadian non-statutory maritime law is concerned, it requires examining how closely the matter — as characterized by looking at the substantive law at issue and the particular fact situation — relates to navigation and shipping. Where the challenge concerns a statute or a specific provision (as opposed to a non-statutory legal rule under Canadian maritime law), the approach remains essentially the same, but it focuses on the matter as characterized through a traditional pith and substance analysis (see *Lafarge*, at paras. 62 and 72), taking into account all potential applications of the relevant statute or provision (see *Rogers Communications Inc. v. Châteauguay (City)*, 2016 SCC 23, [2016] 1 S.C.R. 467, at para. 48; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536 (“COPA”), at paras. 17-21; F. Gélinas, “La doctrine des immunités interjuridictionnelles dans le partage des compétences: éléments de systématisation”, in *Mélanges Jean Beetz* (1995), 471, at p. 492).

[53] In assessing whether the matter is integrally connected to navigation and shipping, our case law has shown that it may be helpful to think about, among other things, the (a) spatial, (b) functional, and (c) temporal relationship between the non-maritime and maritime elements of the matter at issue (*ITO*, at pp. 775-76; *Chircop*, at p. 184). These three indicia are derived from *ITO*, where the Court held that the claim of negligence of a stevedoring-terminal operator in the short-term storing of goods within a port area satisfied the integral connection test because of the “proximity of the terminal operation to the sea . . . the connection between the terminal operator’s activities within the port area and the contract of carriage by sea [and] the fact that the storage at issue was short-term pending final delivery to the consignee” (pp. 775-76).

que vaguement à la navigation et aux bâtiments ou navires. Dans la présente analyse, il nous faut en définitive établir si les éléments maritimes de la matière sont suffisants pour que celle-ci soit intégralement liée au chef de compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires (*Bow Valley*, par. 84-85; *Lafarge*, par. 35). En ce qui concerne le droit maritime non statutaire canadien, il nous faut examiner à quel point la matière — qualifiée à la suite d’un examen du droit substantiel applicable et de la situation factuelle de l’espèce — se rattache à la navigation et aux bâtiments ou navires. Lorsque le litige porte sur une loi ou une disposition précise (plutôt que sur une règle de droit non statutaire du droit maritime canadien), l’approche reste essentiellement la même, mais elle est axée sur la matière qualifiée à l’issue d’une analyse fondée sur le caractère véritable (voir *Lafarge*, par. 62 et 72), qui tient compte de toutes les applications potentielles de la loi ou disposition concernée (voir *Rogers Communications Inc. c. Châteauguay (Ville)*, 2016 CSC 23, [2016] 1 R.C.S. 467, par. 48; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536 (« COPA »), par. 17-21; F. Gélinas, « La doctrine des immunités interjuridictionnelles dans le partage des compétences : éléments de systématisation », dans *Mélanges Jean Beetz* (1995), 471, p. 492).

[53] Il ressort de notre jurisprudence que, pour décider si la matière est intégralement liée à la navigation et aux bâtiments ou navires, il peut être utile de s’intéresser, entre autres, au rapport a) spatial, b) fonctionnel et c) temporel qui existe entre les éléments non maritimes et maritimes de la matière en cause (*ITO*, p. 775-776; *Chircop*, p. 184). Ces trois facteurs découlent de l’arrêt *ITO*, dans lequel la Cour a conclu que l’action en négligence dont aurait fait preuve un manutentionnaire acconier dans l’entrepôt à court terme de marchandises à l’intérieur de la zone portuaire respectait le test du lien intégral à cause « [du] fait que les activités d’acconage se déroulent à proximité de la mer [. . .] [du] rapport qui existe entre les activités de l’acconier dans la zone portuaire et le contrat de transport maritime [. . .] [et du] fait que l’entrepôt en cause était à court terme en attendant la livraison finale des marchandises au destinataire » (p. 775-776).

[54] The Court gave further guidance in subsequent cases. It is now clear, for instance, that the involvement of a ship is insufficient, in itself, to render a matter integrally connected to navigation and shipping (*Isen*, at paras. 24 and 26). However, the fact that the activity at issue impacts seaworthiness or, more generally, transportation by water is a significant consideration (*Isen*, at para. 28; *Lafarge*, at para. 64). So is the fact that the matter implicates standards, principles and practices that are specific to the maritime context or informed by maritime considerations (*Isen*, at paras. 27-28; see also *Whitbread*, at pp. 1295-97; *Bow Valley*, at para. 85; *Monk*, at pp. 798-99). We add that, though the scope of s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, is not circumscribed by the historical jurisdiction of admiralty courts (*ITO*, at p. 774), the fact that the matter was part of the English admiralty law adopted into Canadian law in 1934 is a significant indication that it is integrally connected to navigation and shipping and therefore validly under Parliament's jurisdiction.

[55] The practical necessity — or at least the importance — of legal uniformity will also tend to indicate that Parliament has jurisdiction to legislate (see *Whitbread*, at p. 1295-97; *Bow Valley*, at para. 88; *Ordon Estate*, at para. 71; *Isen*, at para. 28). In *Isen*, the Court stated that the inquiry involves determining whether the “activity is integrally connected to the act of navigating . . . such that it is practically necessary for Parliament to have jurisdiction over the matter” (para. 24). On the facts of the case, however, the notion of practical necessity was simply discussed as a factor among others (at para. 28, quoting *Isen v. Simms*, 2005 FCA 161, [2005] 4 F.C.R. 563, per Décary J.A., dissenting, at para. 98). In our view, “practical necessity” is best seen as an indication of sufficient integration rather than as a distinct requirement (see *Whitbread*, at pp. 1294-98; *Lafarge*, at para. 67).

[56] In sum, the integral connection test encompasses a number of non-exhaustive factors, which

[54] La Cour a donné d'autres indications dans des arrêts subséquents. Il est maintenant clair, par exemple, que la présence d'un navire ne suffit pas, en soi, à faire en sorte que l'affaire soit intégralement liée à la navigation et aux bâtiments ou navires (*Isen*, par. 24 et 26). Toutefois, le fait que l'activité en cause ait une incidence sur la navigabilité ou, plus généralement, sur le transport maritime, est un facteur important (*Isen*, par. 28; *Lafarge*, par. 64), tout comme le fait que la matière fasse intervenir des normes, des principes et des pratiques qui sont propres au contexte maritime ou qui reposent sur des considérations d'ordre maritime (*Isen*, par. 27-28; voir aussi *Whitbread*, p. 1295-1297; *Bow Valley*, par. 85; *Monk*, p. 798-799). Ajoutons que, même si la portée du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'est pas circonscrite par la compétence historique des tribunaux d'amirauté (*ITO*, p. 774), le fait que la matière relevait du droit maritime anglais incorporé au droit canadien en 1934 tend fortement à indiquer qu'elle est intégralement liée à la navigation et aux bâtiments ou navires et qu'elle relève donc valablement de la compétence du Parlement.

[55] La nécessité pratique — ou à tout le moins l'importance — de l'uniformité des règles juridiques tend également à indiquer que le Parlement a compétence pour légiférer (voir *Whitbread*, p. 1295-1297; *Bow Valley*, par. 88; *Succession Ordon*, par. 71; *Isen*, par. 28). Dans l'arrêt *Isen*, la Cour a affirmé qu'il s'agit de déterminer si « [l'activité fait] partie intégrante de la conduite du bateau [. . .] de telle sorte qu'il est nécessaire en pratique que le Parlement ait compétence en la matière » (par. 24). Compte tenu des faits de l'affaire, cependant, la notion de nécessité pratique a été simplement considérée comme un facteur parmi d'autres (par. 28, citant *Isen c. Simms*, 2005 CAF 161, [2005] 4 R.C.F. 563, le juge Décary, dissident, par. 98). À notre avis, la « nécessité pratique » est davantage une indication d'intégration suffisante qu'une exigence distincte (voir *Whitbread*, p. 1294-1298; *Lafarge*, par. 67).

[56] En résumé, le test du lien intégral englobe plusieurs facteurs non exhaustifs qui peuvent recevoir

may receive different weight depending on the facts of a given case, including:

- (1) the spatial relationship between the non-maritime and maritime elements of the matter at issue;
- (2) the functional relationship between those elements, which involves consideration of, *inter alia*, whether the activity or good implicates seaworthiness, or, more generally, transportation by water;
- (3) the temporal relationship between those elements;
- (4) the context surrounding the relationship of the parties to the dispute;
- (5) the practical importance or necessity of legal uniformity;
- (6) the fact that the matter implicates standards, principles and practices that are specific to the maritime context or informed by maritime considerations;
- (7) the historical connection with English maritime law; and
- (8) relevant precedents.

[57] Admittedly, the integral connection test is not as stringent as the one that applies to the general branch of the federal trade and commerce power under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*. That test seeks to ensure that the law at issue “addresses a matter of genuine national importance and scope going to trade as a whole in a way that is distinct and different from provincial concerns” (*Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, at para. 102, quoting *Reference re Securities Act*, at para. 124). The difference in approach can easily be explained. An overly broad interpretation of the federal power over “trade and commerce” could entirely subsume — and potentially displace through paramountcy — the provinces’ legislative authority over property and civil rights and over matters of a purely local nature (see *Reference re Securities Act*, at para. 72; *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, at para. 100; see also *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.), at pp. 111-13). The balance between federal and

une importance différente selon les faits dans un cas donné, dont notamment :

- (1) la relation spatiale entre les éléments non maritimes et maritimes de l’affaire en cause;
- (2) la relation fonctionnelle entre ces éléments, qui comporte notamment la question de savoir si l’activité ou le bien fait intervenir la navigabilité, ou de façon plus générale, le transport maritime;
- (3) la relation temporelle entre ces éléments;
- (4) le contexte entourant la relation des parties au litige;
- (5) l’importance ou la nécessité pratique de l’uniformité des règles juridiques;
- (6) le fait que la matière fait intervenir des normes, principes et pratiques qui sont propres au contexte maritime ou qui reposent sur des considérations d’ordre maritime;
- (7) le lien historique avec le droit maritime anglais;
- (8) la jurisprudence applicable.

[57] Il est vrai que le test du lien intégral n’est pas aussi exigeant que celui qui s’applique au pouvoir général en matière de trafic et au commerce conféré au législateur fédéral par le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce test vise à faire en sorte que la loi en cause « [intéresse] une matière d’importance et de portée véritablement nationales touchant le commerce dans son ensemble et distincte des enjeux provinciaux » (*Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, par. 102, citant le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 124). La différence d’approche peut facilement s’expliquer. Une interprétation trop large de la compétence fédérale sur le « trafic et [le] commerce » pourrait faire complètement disparaître — et potentiellement supplanter, par application de la doctrine de la prépondérance fédérale — la compétence législative conférée aux provinces sur la propriété et les droits civils, ainsi que sur d’autres matières de nature purement locale (voir *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*,

provincial powers would inevitably be upset. A similar risk does not arise, however, from the power over navigation and shipping given that it is inherently limited to a specific sphere of activities.

[58] Overall, we see no reason to abandon the integral connection approach that has been used for decades to assist in determining whether a matter properly comes within the navigation and shipping power. While we understand our colleagues' concerns as regards an untrammled expansion of federal legislative authority, we do not believe that this test poses such a risk. Indeed, contrary to what our colleagues suggest (at para. 144), insofar as this test requires a "deeper" — a more "integral" — connection to s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, than would otherwise be required, it would logically *limit*, rather than *expand*, the scope of Parliament's jurisdiction. That said, in our view, the approach neither overstates nor understates the breadth of the federal power.

(c) *Application to the Facts*

[59] Applying the integral connection test in this case, Mainville J.A. wrote:

It seems to me self-evident that the repair and supply of engine parts to a ship is intrinsically related to its seaworthiness and therefore directly and integrally connected to navigation and shipping. Cargo ships need ports to load and unload and engines to move from port to port. The proposition that the supply of marine engine parts to carry out repairs to a cargo ship is not integrally connected with marine activities seems untenable, since such repairs are essential to allow the ship to operate on water (navigation) and to move goods from port to port to deliver cargo (shipping). [para. 95]

par. 72; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, par. 100; voir aussi *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (C.P.), p. 111-113). L'équilibre entre les compétences fédérales et provinciales s'en trouverait inévitablement rompu. Un tel risque n'existe pas, cependant, en ce qui concerne la compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires étant donné qu'elle se limite, par définition, à une sphère précise d'activités.

[58] Dans l'ensemble, nous ne voyons aucune raison d'abandonner le test du lien intégral utilisé depuis des décennies pour établir si une matière relève bien de la compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires. Bien que nous comprenions que nos collègues puissent s'inquiéter d'un éventuel élargissement illimité de cette compétence législative fédérale, nous ne croyons pas que ce critère présente un tel risque. En fait, contrairement à ce que suggèrent nos collègues (par. 144), dans la mesure où ce test exige un lien « plus profond » — plus « intégral » — avec le par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* que celui qui serait autrement exigé, il devrait logiquement *limiter*, plutôt qu'*élargir*, la portée de la compétence du Parlement. Cela dit, nous estimons au final que l'approche n'a pour effet ni d'amplifier ni d'atténuer la portée de la compétence fédérale.

c) *Application aux faits*

[59] En appliquant le test du lien intégral aux faits de l'espèce, le juge Mainville de la Cour d'appel a écrit :

[TRADUCTION] Il me semble évident que la réparation et la fourniture de pièces de moteur de navire ont un lien intrinsèque avec la navigabilité du navire et que ces activités sont donc directement et intégralement liées à la navigation et aux bâtiments ou navires. Les navires de charge ont besoin de ports où charger et décharger leurs marchandises, ainsi que de moteurs pour se déplacer de port en port. La proposition selon laquelle la fourniture de pièces de moteur de navire devant servir à la réparation d'un navire de charge n'est pas entièrement liée aux activités maritimes semble insoutenable, puisque ces réparations sont essentielles au fonctionnement du navire sur l'eau (navigation) et au déplacement des marchandises d'un port à l'autre en vue de leur livraison (bâtiments ou navires (*shipping*)). [par. 95]

[60] We are in substantial agreement with this analysis. Using our characterization, it seems similarly clear to us that the sale of marine engine parts for use on a commercial vessel is integrally connected to navigation and shipping. The factors relevant to the integral connection test overwhelmingly support our view.

[61] Spatially, the parties contemplated that the engine parts would be installed in dry-dock and used at sea. This mirrors the situation in *ITO*, where the fact of the terminal operation being close to the sea was a factor in favour of the matter falling under Canadian maritime law.

[62] Functionally, the crankshaft, bedplate and connecting rods at issue in the present case are intimately linked to the seaworthiness of the *Camilla* (TDI's commercial vessel). These engine parts are essential to the operation of the ship and thus its capacity to transport cargo and its crew safely and efficiently. Acquiring marine engine parts that are fit for their purpose is integral to ensuring that the ship is seaworthy, and hence to navigation and shipping. The notion of seaworthiness underlies much of maritime law. A ship owner or carrier generally must exercise due diligence in ensuring that his or her ship is seaworthy, meaning "in a condition to encounter whatever perils of the sea a ship of that kind, and laden in that way, may be fairly expected to encounter . . . in performing whatever is the voyage to be performed" (*Wire Rope*, at p. 393, quoting *Gilroy Sons & Co. v. Price & Co.*, [1893] A.C. 56 (H.L.), at p. 63; see also *Goodfellow (Charles) Lumber Sales Ltd. v. Verreault*, [1971] S.C.R. 522, at p. 536; Chircop, at pp. 72 and 616-19; W. Tetley, *International Maritime and Admiralty Law* (2002), at p. 52; *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, Sch. 3 (Hague-Visby Rules), art. III).

[63] Contextually, the negotiation and interpretation of the terms of the parties' contract is also

[60] Nous souscrivons pour l'essentiel à cette analyse. Selon la qualification que nous employons, il nous semble également évident que la vente de pièces de moteur de navire destinées à un bâtiment commercial est intégralement liée à la navigation et aux bâtiments ou navires. Les facteurs pertinents quant au test du lien intégral étayent abondamment notre opinion.

[61] Sur le plan spatial, les parties avaient prévu que les pièces de moteur seraient installées lorsque le navire serait en cale sèche et qu'elles seraient utilisées en mer. La situation était semblable dans *ITO*, où le fait que les activités d'aconage avaient lieu à proximité de la mer constituait un facteur à l'appui de la proposition selon laquelle l'affaire relèverait du droit maritime canadien.

[62] Sur le plan fonctionnel, le vilebrequin, l'assise de moteur et les bielles dont il est question en l'espèce sont intimement liés à la navigabilité du *Camilla* (le navire commercial de TDI). Ces pièces de moteur sont essentielles au fonctionnement du navire et sont donc nécessaires pour assurer le transport sécuritaire et efficace des marchandises et de l'équipage. L'acquisition de pièces de moteur de navire qui conviennent à l'usage auquel elles sont destinées est indispensable pour assurer sa navigabilité, et donc pour la navigation et les bâtiments ou navires. Le droit maritime repose en grande partie sur la notion de navigabilité. Le propriétaire d'un navire ou le transporteur, en général, doit faire preuve de diligence raisonnable pour veiller à ce que son navire soit en état de naviguer, c'est-à-dire [TRADUCTION] « en état d'affronter tous les périls de la mer qu'un navire de ce genre, ainsi chargé, peut raisonnablement être susceptible de rencontrer [...] en effectuant tout autre voyage » (*Wire Rope*, p. 393, citant *Gilroy Sons & Co. c. Price & Co.*, [1893] A.C. 56 (H.L.), p. 63; voir aussi *Goodfellow (Charles) Lumber Sales Ltd. c. Verreault*, [1971] R.C.S. 522, p. 536; Chircop, p. 72 et 616-619; W. Tetley, *International Maritime and Admiralty Law* (2002), p. 52; *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, c. 6, ann. 3 (Règles de La Haye-Visby), art. III).

[63] Contextuellement, la négociation et l'interprétation des modalités du contrat conclu entre les

relevant. The contract rules at issue in this case concern latent defects and limitations of liability, and are thus directly related to the serviceability of marine engine parts. The interpretation of the relevant terms of the contract are necessarily informed by the purpose of the goods, namely propelling the ship, as well as standards and practices that are unique to navigation and shipping. Moreover, the apportionment of risk between the parties may well impact other related maritime rights and obligations, like those under marine insurance and carriage by sea contracts. It follows that the sale cannot be divorced from the broader maritime context.

[64] There can be little doubt that Parliament can impose construction and installation standards regarding marine equipment (see, e.g., *Marine Machinery Regulations*, SOR/90-264). In our view, Parliament has the same legitimate interest in regulating the *contractual* obligations of manufacturers and professional sellers of such equipment, for the ultimate purpose of ensuring seaworthiness and facilitating transportation by water.

[65] With respect to the practical importance of legal uniformity, federal legislative authority over the matter also allows for the development of a uniform body of law that is responsive to the needs of the Canadian maritime industry. This is certainly the case with respect to the issue of latent defects, but it is also true for other contract rules and principles, like those regarding delivery which may also have a significant impact on the capacity of carriers to fulfill — without delays — their obligations towards shippers. While parties to a contract for the sale of marine engine parts for use on a commercial vessel are not *bound* to elect Canadian maritime law as the governing law of their contract, there is a clear benefit in having tailored federal rules to which those involved in “navigation and shipping” can turn if they so wish.

[66] There are also strong indications in the history of Canadian maritime law, and the Court’s

parties sont aussi des éléments pertinents. Les règles contractuelles en cause en l’espèce concernent les vices cachés et les limitations de responsabilité et sont donc directement liées au bon fonctionnement des pièces de moteur de navire. L’interprétation des modalités pertinentes du contrat repose nécessairement sur l’usage auquel les biens sont destinés, à savoir propulser le navire, ainsi que sur les normes et pratiques qui sont propres à la navigation et aux bâtiments ou navires. Qui plus est, la répartition du risque entre les parties peut très bien influencer sur d’autres droits et obligations maritimes connexes, comme ceux découlant de contrats d’assurance maritime et de transport par mer. Il s’ensuit que la vente ne peut être dissociée du contexte maritime général.

[64] Il ne fait guère de doute que le Parlement peut imposer des normes en matière de construction et d’installation d’équipement naval (voir, p. ex., *Règlement sur les machines de navires*, DORS/90-264). À notre avis, le Parlement a le même intérêt légitime à réglementer les obligations *contractuelles* des fabricants et vendeurs professionnels de ce genre d’équipement afin, ultimement, d’assurer la navigabilité des navires et de faciliter le transport maritime.

[65] Pour ce qui est de l’importance pratique de l’uniformité juridique, la compétence législative fédérale sur la matière permet aussi l’élaboration d’un ensemble uniforme de règles de droit qui tient compte des besoins de l’industrie maritime canadienne. Tel est certainement le cas en ce qui concerne la question des vices cachés, mais cela vaut aussi pour ce qui est des autres règles et principes contractuels, comme ceux relatifs à la livraison qui peuvent aussi influencer grandement sur la capacité des transporteurs de s’acquitter — sans retard — de leurs obligations envers les expéditeurs. Bien que les parties à un contrat de vente de pièces de moteur de navire destinées à un bâtiment commercial ne soient pas *tenués* de choisir le droit maritime canadien comme droit applicable à leur contrat, il est nettement avantageux pour elles de pouvoir opter pour des règles fédérales en matière de « navigation et bâtiments ou navires » qui sont adaptées à leurs besoins, si elles le désirent.

[66] L’histoire du droit maritime canadien et la jurisprudence constitutionnelle de notre Cour suggèrent

constitutional jurisprudence, that the supply of marine engine parts in these circumstances would have been treated as inherently “maritime” in the past.

[67] The nature of the parties’ contract brings it within an area of Canadian maritime law with deep historical roots. The intimate connection between the supply of marine equipment and the efficient operation of a ship has long been recognized. The current jurisdiction of the Federal Courts over claims related to the supply of “goods, materials or services” and to the “equipping of a ship” (see s. 22(2)(m) and s. 22(2)(n) of the *F.C.A.*) mirrors the historical English admiralty jurisdiction over the supply of “necessaries” (*Q.N.S.*, at pp. 709-10 and 719-20, per L’Heureux-Dubé J., citing *The “Neptune”* (1834), 3 Hagg. 129, 166 E.R. 354; *The Admiralty Court Act, 1840* (U.K.), 3 & 4 Vict., c. 65, s. 6; *The Admiralty Court Act, 1861* (U.K.), 24 Vict., c. 10, ss. 4 to 5). On that basis, a supplier of necessaries could proceed *in rem* directly against the ship to recover any unpaid amounts (Chircop, at pp. 3 and 386-90). This is still the case before the Federal Court (see ss. 22(2)(m), 22(2)(n), and 43 of the *F.C.A.*).

[68] The term “necessaries” encompassed any repairs done or items purchased for a ship that a prudent owner would have ordered, including for instance anchors, cables and sails (*Q.N.S.*, at pp. 710 and 719, citing *Argosy Marine Co. v. SS “Jeannot D”*, [1970] Ex. C.R. 351; see also W. Tetley, *Maritime Liens and Claims* (2nd ed. 1998), at pp. 551-52, 554-55 and 578-80, quoting *Webster v. Seekamp* (1821), 4 B. & Ald. 352, 106 E.R. 966 (K.B.), at p. 967; E. S. Roscoe, *The Admiralty Jurisdiction and Practice of the High Court of Justice* (5th ed. 1931), at pp. 202-5). There is little doubt that marine engine parts also fell within that definition (E. C. Mayers, *Admiralty Law and Practice in Canada* (1916), at p. 75, citing *The “Flecha”* (1854), 1 Sp. Ecc. & Ad. 438, 164 E.R. 252, at p. 254; see also Tetley (1998), at p. 579, citing *Momsen v. The Ship Aurora* (1913), 15 Ex. C.R. 27; Roscoe, at p. 204). In this regard, it is worth noting the comments of the Federal Court of Appeal in *Hawker*

fortement que la fourniture de pièces de moteur de navire dans les circonstances de l’espèce aurait été considérée, par le passé, comme étant intrinsèquement « maritime ».

[67] En raison de sa nature, le contrat intervenu entre les parties appartient à un domaine du droit maritime canadien ayant des racines historiques profondes. Le lien étroit qui existe entre la fourniture d’équipement naval et le fonctionnement efficace d’un navire est depuis longtemps reconnu. La compétence actuelle des Cours fédérales sur les demandes relatives à la fourniture de « marchandises, matériels ou services » et à l’« équipement d’un navire » (voir al. 22(2)m) et al. 22(2)n) de la *L.C.F.*) correspond à la compétence historique en matière d’amirauté qui existait en Angleterre à l’égard des « approvisionnements nécessaires » (*Q.N.S.*, p. 709-710 et 719-720, la juge L’Heureux-Dubé, citant l’affaire *The “Neptune”* (1834), 3 Hagg. 129, 166 E.R. 354; *The Admiralty Court Act, 1840* (R.-U.), 3 & 4 Vict., c. 65, art. 6; *The Admiralty Court Act, 1861* (R.-U.), 24 Vict., c. 10, art. 4 à 5). Ainsi, le fournisseur d’approvisionnements nécessaires pouvait tenter une action réelle directement contre le navire pour recouvrer tout montant impayé (Chircop, p. 3 et 386-390). Il est encore possible de le faire devant la Cour fédérale (voir al. 22(2)m) et 22(2)n) et art. 43 de la *L.C.F.*).

[68] L’expression « approvisionnements nécessaires » comprenait toute réparation ou tout achat qu’aurait fait le propriétaire prudent d’un navire, comme des ancres, des câbles et des voiles (*Q.N.S.*, p. 710 et 719, citant *Argosy Marine Co. c. Le V/M “Jeannot D”*, [1970] R.C. de l’É. 351; voir aussi W. Tetley, *Maritime Liens and Claims* (2^e éd. 1998), p. 551-552, 554-555 et 578-580, citant *Webster c. Seekamp* (1821), 4 B. & Ald. 352, 106 E.R. 966 (K.B.), p. 967; E. S. Roscoe, *The Admiralty Jurisdiction and Practice of the High Court of Justice* (5^e éd. 1931), p. 202-205). Il ne fait aucun doute que les pièces de moteur de navire sont également visées par cette définition (E. C. Mayers, *Admiralty Law and Practice in Canada* (1916), p. 75, citant *The “Flecha”* (1854), 1 Sp. Ecc. & Ad. 438, 164 E.R. 252, p. 254; voir aussi Tetley (1998), p. 579, citant *Momsen c. The Ship Aurora* (1913), 15 R.C. de l’É. 27; Roscoe, p. 204). À cet égard, il convient

Industries Ltd. v. Santa Maria Shipowning & Trading Co., S.A., [1979] 1 F.C. 183, at p. 188, a case dealing with the replacement of a rudder:

It remains only to say that, in my view, a contract for the repair of a ship disabled at sea is, and has always been recognized as, a contract for enabling the ship to carry on its navigation operations in the same way as a contract to provide a ship with “necessaries” has always been so recognized; and, in my view, it is not an over-generalization to say that the doing of what is necessary to enable ships to carry on their navigation operations is something that falls within the field of activity regulated by Admiralty law. [Emphasis added.]

[69] Admittedly, a grant of jurisdiction to the Federal Courts over specific claims is not determinative of the scope of Canadian maritime law. Neither can it establish, on its own, that a matter is so integrally connected to navigation and shipping as to come within federal legislative authority. But, in the present case, the historical roots of that jurisdiction illustrate that federal contract rules over the sale of marine engine parts — to which statutory rights *in rem* may attach — are intimately linked to the facilitation of navigation and shipping activities.

[70] Moreover, recognizing in this case that the sale of marine engine parts is integral to navigation and shipping is in keeping with the precedents of this Court. In *Wire Rope*, the Court held that Canadian maritime law validly extends to govern disputes arising out of a contract to re-socket a towing cable on a ship, including the issue of warranties of fitness for purpose (pp. 367-68 and 378-79). The Court expressly found that “the substantive law relating to these claims falls within federal legislative competence under s. 91.10 of the *British North America Act*, being in relation to navigation and shipping” (p. 379). In our view, when thinking about how intimately a dispute is tied to the maritime world, a contract to repair a towing cable is

de souligner les observations formulées par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Hawker Industries Ltd. c. Santa Maria Shipowning & Trading Co., S.A.*, [1979] 1 C.F. 183, p. 188, une affaire portant sur le remplacement d’un gouvernail :

Il me reste à dire qu’à mon avis, un contrat pour la réparation d’un navire avarié est, et a toujours été, réputé être un contrat qui doit permettre au navire de continuer à naviguer, à l’instar du contrat qui vise à fournir au navire les « choses nécessaires » et, à mon avis, dire que les opérations visant à permettre à un navire de continuer à naviguer sont du domaine du droit maritime, ce n’est pas trop généraliser. [Nous soulignons.]

[69] Il faut reconnaître que la compétence attribuée aux Cours fédérales à l’égard de certaines demandes n’est pas déterminante quant à la portée du droit maritime canadien. Cette attribution ne permet pas non plus d’établir, à elle seule, qu’une matière est intégralement liée à la navigation et aux bâtiments ou navires au point de relever de la compétence législative fédérale. Dans la présente affaire, cependant, les racines historiques de cette compétence montrent que les règles contractuelles fédérales qui s’appliquent à la vente de pièces de moteur de navire — auxquelles peuvent se rattacher les droits réels prévus par la loi — sont étroitement liées à la facilitation d’activités relatives à la navigation et aux bâtiments ou navires.

[70] Qui plus est, reconnaître dans la présente affaire que la vente de pièces de moteur de navire fait partie intégrante du domaine de la navigation et des bâtiments ou navires s’accorde avec la jurisprudence de notre Cour. Dans l’arrêt *Wire Rope*, la Cour a conclu que le droit maritime canadien régissait valablement les différends survenus dans le cadre d’un contrat de remboîtement d’un câble de remorquage sur un navire, notamment la question des garanties d’adaptation à l’usage (p. 367-368 et 378-379). La Cour a expressément conclu que « le droit positif concernant ces réclamations relève du pouvoir législatif fédéral aux termes du par. 91.10 de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique* puisqu’elles se rapportent à la navigation et aux bâtiments ou navires »

analogous to a contract to purchase a replacement crankshaft.

[71] TDI contends that *Wire Rope* is distinguishable from the present case because that case involved a contract for resocketing *services* instead of a contract for the *sale* of goods. The constitutional significance of that distinction escapes us. As we see it, there is no rationale for holding that repairing a socket is more connected to navigation and shipping than supplying marine engine parts. Were it so, it would follow that, had a resocketed towing cable been *bought* instead of *repaired*, the contract rules and principles at issue would have fallen outside the scope of Parliament's legislative authority. And in the present case, following TDI's logic, Canadian maritime law could have governed the dispute had Wärtsilä *repaired* engine parts rather than having *supplied* refurbished ones. Again, we doubt that there can be a principled reason to draw that line. The supply of marine engine parts appears to be as essential to operating a ship as resocketing is to towage.

[72] Further, we remain unpersuaded by our colleagues' attempt at distinguishing *Wire Rope* on the ground that, in that case, the Court saw the "jurisdiction of the Federal Court over negligence in the resocketing of a towing cable as passing directly from the English High Court of Admiralty" (concurring reasons, at para. 185). First, it is well established that s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, is not circumscribed by the historical jurisdiction of English admiralty courts. Second, Canadian maritime law relating to the sale of marine engine parts can be traced back to the law administered by the English admiralty courts by virtue of their jurisdiction over necessities under s. 6 of *The Admiralty Court Act, 1840*, which is the provision invoked in *Wire Rope*. It is also anchored in s. 4 of *The Admiralty Court Act, 1861*, which conferred jurisdiction over the "equipping" of a ship under arrest of the court. The Exchequer Court exercised jurisdiction over the supply of a

(p. 379). À notre avis, lorsqu'il s'agit de déterminer à quel point le litige est lié au monde maritime, un contrat de réparation d'un câble de remorquage s'apparente à un contrat d'achat d'un vilebrequin de remplacement.

[71] TDI soutient que l'arrêt *Wire Rope* se distingue de la présente espèce parce que cette affaire portait sur un contrat de *services* de remboîtement plutôt que sur un contrat de *vente* de biens. L'importance constitutionnelle de cette distinction nous échappe. À notre avis, il n'y a aucune raison de conclure que la réparation d'une attache est davantage liée à la navigation et aux bâtiments ou navires que la fourniture de pièces de moteur de navire. Si tel était le cas, il s'ensuivrait que, si le câble de remorquage remboîté avait été *acheté* plutôt que *réparé*, les règles et principes contractuels en cause n'auraient pas relevé de la compétence législative du Parlement. Et en l'espèce, selon la logique de TDI, le droit maritime canadien aurait pu régir le litige si Wärtsilä avait *réparé* les pièces de moteur plutôt que *fourni* des pièces remises à neuf. Là encore, nous doutons qu'une raison de principe justifie de tracer cette ligne. La fourniture de pièces de moteur de navire semble être tout aussi essentielle pour le fonctionnement d'un navire que peut l'être le remboîtement d'un câble pour le remorquage.

[72] Par ailleurs, nous ne pouvons retenir l'argument de nos collègues voulant que la présente espèce diffère de l'arrêt *Wire Rope* au motif que, dans cette affaire, la Cour a considéré que la « compétence de la Cour fédérale relativement à la négligence au cours du remboîtement d'un câble de remorquage provenait directement de la Haute Cour d'Amirauté anglaise » (motifs concordants, par. 185). D'une part, il est bien établi que le par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'est pas limité par la compétence historique des cours d'amirauté anglaises. D'autre part, les règles de droit maritime canadien relatives à la vente de pièces de moteur de navire tirent leur origine du droit dont l'application relevait des cours d'amirauté anglaises en raison de la compétence sur les approvisionnements nécessaires que leur conférait l'art. 6 de la loi intitulée *The Admiralty Court Act, 1840*, soit la disposition invoquée dans l'arrêt *Wire Rope*. Ces règles reposent également sur l'art. 4

marine engine on that basis over a century ago (see *Momsen*). As a result, even in terms of the historical jurisdiction of English admiralty courts, the present case cannot be distinguished from *Wire Rope*.

[73] Another relevant authority is *Bow Valley*, which dealt with tort and contract claims for damages to an oil rig resulting from a fire caused by a defective heat trace system. In that case, the Court found that Canadian maritime law validly extends to product liability issues in tort, including the impact of limitation of liability clauses (paras. 81-88). Given that Parliament can legislate with respect to marine product liability in tort, it would seem to follow that it has a similar authority over contractual liability arising from defective engine parts.

[74] Finally, in *Antares Shipping Corporation v. The Ship “Capricorn”*, [1980] 1 S.C.R. 553, the Court found that a dispute arising out of the sale of a ship came within federal legislative authority (p. 559; see also C. J. Giaschi, *The Application of Provincial Statutes to Maritime Matters Revisited*, April 7, 2017 (online), at p. 5). Inasmuch as the sale of a ship is integrally connected to navigation and shipping, so too is the sale of equipment that is essential to its operation.

[75] We agree with our colleagues that *Antares* does not reflect the state of the law to the extent that it suggests that the grant of jurisdiction contained in s. 22(2)(a) of the *F.C.A.* also creates substantive federal law. As we previously explained, it does not. However, this was not the only ground upon which *Antares* found that Canadian maritime law could validly govern the sale of a ship. Indeed, the Court explicitly tied its holding to the fact that English

de la loi intitulée *The Admiralty Court Act, 1861*, qui conférerait compétence sur l’« équipement » d’un navire saisi sur ordre de la cour. La Cour de l’Échiquier a exercé sa compétence à l’égard de la fourniture d’un moteur de navire sur ce fondement il y a de cela plus de cent ans (voir *Momsen*). Par conséquent, même en tenant compte de la compétence historique des cours d’amirauté anglaises, la présente affaire ne peut être distinguée de l’affaire *Wire Rope*.

[73] À cela s’ajoute un autre arrêt pertinent, *Bow Valley*, qui portait sur des actions en responsabilité délictuelle et contractuelle intentées pour les dommages causés à une plate-forme pétrolière qui avait été incendiée par suite d’une défaillance du système de réchauffage des conduites. Dans cette affaire, la Cour a conclu que le droit maritime canadien s’appliquait valablement aux questions relatives à la responsabilité délictuelle du fait des produits, y compris aux effets des clauses de limitation de responsabilité (par. 81-88). Étant donné que le Parlement peut légiférer en matière de responsabilité délictuelle du fait des produits maritimes, il semblerait donc qu’il ait aussi le pouvoir de légiférer relativement à la responsabilité contractuelle découlant de pièces de moteur défectueuses.

[74] Enfin, dans l’arrêt *Antares Shipping Corporation c. Le navire « Capricorn »*, [1980] 1 R.C.S. 553, la Cour a conclu qu’un litige découlant de la vente d’un navire relevait de la compétence législative fédérale (p. 559; voir également C. J. Giaschi, *The Application of Provincial Statutes to Maritime Matters Revisited*, 7 avril 2017 (en ligne), p. 5). Dans la mesure où la vente d’un navire est intégralement liée à la navigation et aux bâtiments ou navires, il en est de même de la vente d’un équipement qui est essentiel à son fonctionnement.

[75] Nous sommes d’accord avec nos collègues pour dire que l’arrêt *Antares* ne reflète pas l’état du droit dans la mesure où il laisse croire que l’attribution de compétence à l’al. 22(2)a) de la *L.C.F.* crée également des règles de droit substantiel fédéral. Comme nous l’avons expliqué, elle n’a pas cet effet. Cependant, ce n’était pas le seul motif pour lequel la Cour a conclu dans l’arrêt *Antares* que le droit maritime canadien pouvait valablement régir la

admiralty courts have had jurisdiction to adjudicate all questions of title and inquire into the “validity of an alleged sale” and “other circumstances which affected the right of the property in the ship” (p. 563, quoting Roscoe, at p. 39; see also Mayers, at p. 67). The Court further relied on *Robillard v. The Sailing Sloop St. Roch and Charland* (1921), 21 Ex. C.R. 132, at pp. 147-48, in which the Exchequer Court of Canada set aside a bill of sale by virtue of s. 4 of *The Admiralty Court Act, 1840* (*Antares*, at p. 564; see also Chircop, at p. 179). In light of this analysis, we see no reason to question *Antares*’ finding that there is Canadian maritime law relating to the sale of a ship coming within s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*.

[76] In our view, *Quebec and Ontario Transportation Co. v. The Ship “Incan St. Laurent”*, [1980] 2 S.C.R. 242, has not overturned *Antares* (concurring reasons, at para. 178). The *Incan St. Laurent* decision affirmed — in one paragraph — the Federal Court of Appeal’s holding that the ownership of a ship was governed by Quebec laws in the context of a joint venture agreement related to the construction of a marine terminal. The Federal Court of Appeal found that the rights and obligations arising from the agreement were “inseparable” from a set of related contracts that contained a choice of law clause in favour of Quebec civil law, and that the same laws had to apply to the contracts as a whole (*Quebec & Ontario Transportation Co. v. The “Incan St. Laurent”*, [1979] 2 F.C. 834, at pp. 837-39; see also *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, wherein the Court pronounced on the law governing those same contracts).

[77] Of course, there are several cases where courts have applied provincial laws to the sale of ships (see, e.g., *Casden v. Cooper Enterprises Ltd.* (1993), 151 N.R. 199 (F.C.A.); *Salvail Saint-Germain v. Location Holand* (1995) *ltée*, 2017 QCCS 5155).

vente d’un navire. En effet, la Cour a expressément lié sa conclusion au fait que les cours d’amirauté anglaises avaient eu compétence pour statuer sur toutes les questions de titre et pour faire enquête sur la [TRADUCTION] « validité d’une vente alléguée » et « toute autre circonstance qui touchait le droit de propriété sur un navire » (p. 563, citant Roscoe, p. 39; voir aussi Mayers, p. 67). La Cour s’est en outre fondée sur l’arrêt *Robillard c. Le voilier St. Roch et Charland* (1921), 21 R.C. de l’É 132, p. 147-148, dans lequel la Cour de l’Échiquier du Canada a annulé un acte de vente en vertu de l’art. 4 de la loi intitulée *The Admiralty Court Act, 1840* (*Antares*, p. 564; voir aussi Chircop, p. 179). À la lumière de cette analyse, nous ne voyons aucune raison de remettre en question la conclusion tirée dans l’arrêt *Antares* selon laquelle il existe des règles de droit maritime canadien relatives à la vente d’un navire qui relèvent du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[76] À notre avis, l’arrêt *Quebec and Ontario Transportation Co. c. Le navire « Incan St. Laurent »*, [1980] 2 R.C.S. 242, n’a pas infirmé l’arrêt *Antares* (motifs concordants, par. 178). L’arrêt *Incan St. Laurent* a confirmé — dans un seul paragraphe — la conclusion de la Cour d’appel fédérale voulant que la propriété d’un navire soit régie par les lois du Québec dans le contexte d’une entente d’entreprise conjointe relative à la construction d’un terminal maritime. La Cour d’appel fédérale a conclu que les droits et obligations découlant de l’entente étaient « inséparables » de ceux découlant d’une série de contrats connexes qui comportaient une clause désignant le droit civil du Québec comme étant le droit applicable, et que ce droit devait s’appliquer aux contrats dans leur ensemble (voir *Quebec and Ontario Transportation Co. c. Navire « Incan St. Laurent »*, [1979] 2 C.F. 834, p. 837-839; voir aussi *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée.*, [1977] 2 R.C.S. 1054, dans lequel la Cour s’est prononcée sur le droit régissant les contrats).

[77] Bien sûr, il existe plusieurs cas où les tribunaux ont appliqué les lois provinciales à la vente de navires (voir, p. ex., *Casden c. Cooper Enterprises Ltd.* (1993), 151 N.R. 199 (C.A.F.); *Salvail Saint-Germain c. Location Holand* (1995) *ltée*, 2017

But this is by no means evidence that Canadian maritime law cannot validly extend to such sales. As our colleagues rightly note (at para. 175), most of these decisions do not actually address the constitutional division of powers, which may suggest that the governing law was not in dispute. In any event, as we will explain later, provincial laws of general application are applicable and operative with respect to the sale of ships (or marine engine parts). This does not take away, however, from the scope of the federal power over navigation and shipping. Indeed, there are several decisions from Federal Courts that recognize that Canadian maritime law may govern the sale and repair of ships or marine equipment, for example: *The Queen v. Canadian Vickers Ltd.*, [1976] 1 F.C. 77 (T.D.), and *R. v. Canadian Vickers Ltd.*, [1980] 1 F.C. 366 (F.C.A.) (a shipbuilding contract about an icebreaker’s defective propulsion generators); *Benson Bros. Shipbuilding Co. (1960) Ltd. v. Mark Fishing Co. Ltd.* (1978), 21 N.R. 260 (F.C.A.) (non-payment for the purchase of a ship and its faulty construction); *Upper Lakes Shipping Ltd. v. Saint John Shipbuilding and Dry Dock Co.* (1988), 86 N.R. 40 (F.C.A.) (delays in the conversion of a ship); *Deveau (I.) Fisheries Ltd. v. Cummins Americas Inc.* (1996), 115 F.T.R. 254, and *Dome Petroleum Ltd. v. Excelsior Enterprises Inc.* (1989), 30 F.T.R. 9 (repair of marine engine parts); and *Groupe Maritime Verreault Inc. v. Alcan Métal Primaire*, 2011 FCA 319, 430 N.R. 124 (brokerage services for the procurement of tugs).

[78] In coming to the conclusion that there is “nothing particularly ‘maritime’ about the sale of goods that would require its consignment to Parliament’s legislative authority”, our colleagues rely heavily on *Monk* (see at paras. 163-67 and 186). But this decision has nothing to do with the sale of marine engine parts. The *Monk* case arose from problems in discharging fertilizer from a ship. The Court found that the discharge of cargo — including the rental of cranes — was “properly a maritime matter”, and was therefore governed by valid Canadian maritime law (pp. 799-800). However, the Court also noted that, had the claim concerned the sale of fertilizer,

QCCS 5155). Mais cela n’établit absolument pas que le droit maritime canadien ne peut pas s’appliquer valablement à de telles ventes. Comme le soulignent nos collègues à juste titre (au par. 175), la plupart de ces décisions ne portent pas vraiment sur le partage constitutionnel des compétences, ce qui peut vouloir dire que le droit applicable n’était pas en litige. Quoi qu’il en soit, comme nous l’expliquerons plus loin, les lois provinciales d’application générale sont applicables et opérantes pour ce qui est de la vente de navires (ou de pièces de moteur de navire). Or, cela n’enlève rien à la portée de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires. D’ailleurs, plusieurs décisions des Cours fédérales reconnaissent que le droit maritime canadien peut régir la vente et la réparation de navires ou d’équipement naval, p. ex. : *La Reine c. Canadian Vickers Ltd.*, [1976] 1 C.F. 77 (1^{re} inst.), et *R. c. Canadian Vickers Ltd.*, [1980] 1 C.F. 366 (C.A.F.) (contrat de construction d’un navire et défautuosité des génératrices de propulsion d’un brise-glace); *Benson Bros. Shipbuilding Co. (1960) Ltd. c. Mark Fishing Co. Ltd.* (1978), 21 N.R. 260 (C.A.F.) (non-paiement du prix d’achat d’un navire et vices de construction); *Upper Lakes Shipping Ltd. c. Saint John Shipbuilding and Dry Dock Co.*, (1988), 86 N.R. 40 (C.A.F.) (retards dans la transformation d’un navire); *Deveau (I.) Fisheries Ltd. c. Cummins Americas Inc.* (1996), 115 F.T.R. 254, et *Dome Petroleum Ltd. c. Excelsior Enterprises Inc.* (1989), 30 F.T.R. 9 (réparation de pièces de moteur de navire); et *Groupe Maritime Verreault Inc. c. Alcan Métal Primaire*, 2011 CAF 319, 430 N.R. 124 (services de courtage en vue de l’acquisition de remorqueurs).

[78] Pour conclure qu’il n’y a « rien de particulièrement “maritime” concernant la vente de marchandises qui nécessiterait qu’elle tombe sous le coup de la compétence législative du Parlement », nos collègues s’appuient fortement sur l’arrêt *Monk* (voir les par. 163-167 et 186). Or, cette décision n’a rien à voir avec la vente de pièces de moteur de navire. L’affaire *Monk* fait suite à des problèmes survenus au moment où une cargaison d’engrais a été déchargée d’un navire. La Cour a conclu que le déchargement de cette cargaison — y compris la location de grues — était « à juste titre, une affaire maritime » et était donc régi par les règles applicables du droit

provincial laws would have governed (p. 797). We agree: the only “maritime context” about the sale was that the fertilizer was to be shipped by sea. Canadian maritime law cannot extend to the sale of goods merely because the goods sold are later transported by sea (O’Connor, at p. 13).

[79] However, in the present case, the “goods” at issue are marine engine parts that were essential to the propulsion of a commercial shipping vessel, and thus its seaworthiness. If our colleagues can assert that the “[s]ale of goods does not involve the safe carriage of goods, shipping [or] the seaworthiness of a ship” (para. 186), it is only because they characterize the matter too broadly as amounting to the “sale of goods . . . in the maritime context” (para. 165). Yet it is not so much the “context” of the sale at issue that is maritime, but the very nature of the goods — which are “integrally connected” to navigation and shipping.

[80] In sum, we are of the view that the sale of marine engine parts intended for use on a commercial vessel is integrally connected to navigation and shipping so as to come within federal legislative authority. It follows that Canadian maritime law extends to that matter. This does not mean, however, that there is no provincial law that can also validly govern such a sale.

C. The Overlap Between Canadian Maritime Law and the C.C.Q.

[81] In our view, the Quebec Court of Appeal erred when it disposed of this case after concluding that the matter at issue was integrally connected to navigation and shipping. Indeed, a finding that Canadian maritime law can validly regulate a dispute does not end the analysis in the presence of an overlapping provincial rule. Although Canadian maritime law is nourished by deep historical roots, the division of powers

maritime canadien (p. 799-800). Toutefois, la Cour a également indiqué que si la réclamation avait porté sur la vente d’engrais, elle aurait été assujettie aux lois provinciales (p. 797). Nous sommes aussi de cet avis : le seul élément de « contexte maritime » concernant la vente était que l’engrais devait être transporté par mer. Le droit maritime canadien ne saurait s’étendre à la vente de toute marchandise simplement parce que les marchandises vendues sont par la suite transportées par mer (O’Connor, p. 14).

[79] Cependant, dans la présente affaire, les « marchandises » en cause sont des pièces de moteur de navire qui étaient essentielles à la propulsion d’un bâtiment commercial, et donc à sa navigabilité. Si nos collègues peuvent affirmer que la « vente de marchandises n’implique pas le transport sécuritaire de marchandises, le transport maritime [ou] la navigabilité du navire » (par. 186), c’est uniquement parce qu’ils qualifient trop généralement la matière comme étant la « vente de marchandises dans le contexte maritime » (par. 165). Or, ce n’est pas tant le « contexte » de la vente en cause qui est maritime, mais la nature même des marchandises — qui sont « intégralement liées » à la navigation et aux bâtiments ou navires.

[80] En résumé, nous estimons que la vente de pièces de moteur de navire destinées à un bâtiment commercial est intégralement liée à la navigation et aux bâtiments ou navires, au point de relever de la compétence législative fédérale. Il s’ensuit que le droit maritime canadien s’applique à cette matière. Cependant, cela ne veut pas dire qu’aucune loi provinciale ne peut tout aussi valablement régir une telle vente.

C. Le chevauchement entre le droit maritime canadien et le C.c.Q.

[81] À notre avis, la Cour d’appel du Québec a commis une erreur lorsqu’elle a tranché la présente affaire après avoir conclu que la matière en cause était intégralement liée à la navigation et aux bâtiments ou navires. De fait, la conclusion selon laquelle le droit maritime canadien peut régir valablement un litige ne met pas fin à l’analyse lorsqu’il y a chevauchement avec une règle provinciale. Bien que le droit maritime

analysis that unfolds from the modern conception of federalism expressed in *Canadian Western Bank* applies to the overlap between navigation and shipping and provincial heads of power, just as it does for other classes of subjects under the *Constitution Act, 1867*. The Court of Appeal therefore should have considered whether the provincial law — in this case, art. 1733 *C.C.Q.* — was valid, applicable and operative. Applying the relevant constitutional doctrines, we conclude that the rule expressed in the *C.C.Q.* governs the matter.

(1) The Concurrent Application of Federal and Provincial Laws

[82] No one disputes the validity of the *C.C.Q.* provisions relating to contracts of sale. The sale of goods is a matter that comes plainly within the provincial power over property and civil rights under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. As “a law of general application”, the *C.C.Q.* has “numerous legal and practical effects”, one of which may be to regulate contracts over the sale of marine engine parts (see *Rogers*, at para. 48). The mere fact that such a matter falls under the navigation and shipping power does not undermine the validity of the relevant *C.C.Q.* provisions.

[83] As the Judicial Committee observed long ago, while the powers distributed under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*, are exclusive, “the language of these sections and of the various heads which they contain obviously cannot be construed as having been intended to embody the exact disjunctions of a perfect logical scheme” (*John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330 (P.C.), at p. 338; see also Monahan, Shaw and Ryan, at pp. 113-14). As a result, overlaps are an inevitable — and legitimate — feature of the Canadian federal system (see *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at pp. 180-81; *Canadian Western Bank*, at paras. 36 and 42; Lederman, at pp. 184-85).

canadien ait des racines historiques profondes, l’analyse du partage des compétences qui s’articule autour de la conception moderne du fédéralisme exprimée par la Cour dans l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest* s’applique au chevauchement entre la compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires et les compétences provinciales, tout comme elle s’applique aux autres catégories de sujets énumérés dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour d’appel aurait donc dû se demander si la loi provinciale — en l’occurrence, l’art. 1733 *C.c.Q.* — était valide, applicable et opérante. Après avoir appliqué les doctrines constitutionnelles pertinentes, nous concluons que la règle exprimée dans le *C.c.Q.* régit l’affaire.

(1) L’application concurrente de lois fédérales et provinciales

[82] Nul ne conteste la validité des dispositions du *C.c.Q.* relatives aux contrats de vente. La vente de marchandises est une matière qui relève clairement de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils prévue au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En tant que « loi d’application générale », le *C.c.Q.* a « une multitude d’effets juridiques et pratiques », dont l’un pourrait être de réglementer les contrats de vente de pièces de moteur de navire (voir *Rogers*, par. 48). Le simple fait que cette matière relève de la compétence relative à la navigation et aux bâtiments ou navires ne compromet pas la validité des dispositions pertinentes du *C.c.Q.*

[83] Comme l’a fait observer le Comité judiciaire il y a longtemps, bien que les compétences attribuées par les art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* soient exclusives, [TRADUCTION] « le langage de ces dispositions et des divers chefs de compétence qu’elles comportent ne peut évidemment être interprété comme ayant été conçu de manière à tracer les contours précis d’un système logique parfait » (*John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1915] A.C. 330 (C.P.), p. 338; voir aussi Monahan, Shaw et Ryan, p. 113-114). De ce fait, les chevauchements sont une caractéristique inévitable — et légitime — du système fédéral canadien (voir *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 180-181; *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 36 et 42; Lederman, p. 184-185).

[84] More particularly, the double aspect doctrine recognizes that the same fact situations can be regulated from different perspectives, one of which may relate to a provincial power and the other to a federal power (*Reference re Assisted Human Reproduction Act*, at para. 185, per LeBel and Deschamps JJ.; *Canadian Western Bank*, at para. 30; *Reference re Securities Act*, at para. 66; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59, at p. 65; Mundell, at p. 923; Brun, Tremblay and Brouillet, at pp. 466-67). Sometimes, similar legal rules addressing the same fact situations may be found in legislation of both orders of government. This is so because their federal and provincial features — the two different perspectives — are legitimate, so “there would seem little reason, when considering [constitutional] validity, to kill one and let the other live” (*Multiple Access*, at p. 182; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113, at paras. 47-50; *Rogers*, at paras. 50 (per Wagner and Côté JJ.) and 115 (per Gascon J., concurring in the result); see also *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749, at p. 765-66; *O’Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804, at pp. 811-12; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, at p. 130; Régimbald and Newman, at p. 191-94).

[85] In the present case, the sale of marine engine parts for use on a commercial vessel — as a fact situation — presents a double aspect. It can be addressed both from the broad perspective of regulating the sale of goods, which constitutes an exercise of the provincial power over property and civil rights, and from the narrower perspective of the exercise of the federal power over navigation and shipping. Put differently, both the Quebec legislature and Parliament have a “compelling interest” in enacting legal rules over different aspects of the same activity or matter (see *Lafarge*, at para. 4). The two sets of contract rules and principles are thus valid. This means that the *C.C.Q.* can govern this sale of marine engine parts unless an issue of applicability or operability arises.

[84] Plus particulièrement, la théorie du double aspect reconnaît que des situations de fait identiques peuvent être réglementées suivant des perspectives différentes, l’une relevant d’une compétence provinciale et l’autre, d’une compétence fédérale (*Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, par. 185, les juges LeBel et Deschamps; *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 30; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 66; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d’alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59, p. 65; Mundell, p. 923; Brun, Tremblay et Brouillet, p. 466-467). Il arrive parfois que l’on trouve des règles de droit semblables traitant des mêmes situations factuelles dans la législation des deux ordres de gouvernement. Cela s’explique par le fait que leurs caractéristiques fédérales et provinciales — les deux perspectives différentes — sont légitimes, de sorte qu’« il semble n’y avoir aucune raison, au moment d’en examiner la validité [constitutionnelle], d’en rejeter une et de conserver l’autre » (*Multiple Access*, p. 182; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113, par. 47-50; *Rogers*, par. 50 (les juges Wagner et Côté) et 115 (le juge Gascon, motifs concordants quant au résultat); voir aussi *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, p. 765-766; *O’Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804, p. 811-812; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, p. 130; Régimbald et Newman, p. 191-194).

[85] Dans la présente affaire, la vente de pièces de moteur de navire destinées à un bâtiment commercial — en tant que situation de fait — présente un double aspect. On peut l’aborder à la fois selon la perspective générale de la réglementation de la vente de marchandises, qui constitue un exercice de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils, et selon la perspective plus étroite de l’exercice de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires. Autrement dit, la législature du Québec et le Parlement fédéral ont tous deux « un intérêt impérieux » à adopter des règles de droit concernant différents aspects de la même activité ou matière (voir *Lafarge*, par. 4). Les deux ensembles de règles et de principes contractuels sont donc valides, ce qui veut dire que le *C.c.Q.* peut régir la vente de pièces de moteur de navire dont il est question en l’espèce à moins qu’une question d’applicabilité ou d’opérabilité se pose.

(2) The Applicability and Operability of the C.C.Q. Provisions

[86] In applying constitutional doctrines, the Court has preferred a flexible approach that in many instances allows both orders of government room to act instead of creating “watertight compartments” (see *Rogers*, at paras. 37 (per Wagner and Côté JJ.) and 85 (per Gascon J., concurring in the result); *Canadian Western Bank*, at para. 36; *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669, at para. 8). This approach to federalism acknowledges that it would often be impossible for one order of government to fulfill its constitutional mandates without affecting matters that fall within the other order’s legislative authority (*Canadian Western Bank*, at para. 29; *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327, at para. 15; *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, per McLachlin C.J., at para. 139; Brun, Tremblay and Brouillet, at p. 465).

[87] As with other exclusive powers, the federal power over navigation and shipping is not “watertight” and remains subject to this flexible understanding of the division of powers (*Lafarge*, at paras. 1 and 4). In *Lafarge*, released on the same day as *Canadian Western Bank*, Binnie and LeBel JJ. applied the re-statement of the division of powers analysis to resolve a conflict between federal competence over navigation and shipping and a municipal by-law enacted pursuant to provincial competence. As they wrote, a valid provincial enactment will be allowed to have incidental effects on a federal head of power — in this case navigation and shipping — unless either interjurisdictional immunity or federal paramountcy is found to apply:

As discussed in *Canadian Western Bank*, there are circumstances in which the powers of one level of government must be protected against intrusions, even incidental ones, by the other level. This is called interjurisdictional immunity and is an exception to the ordinary rule under

(2) L’applicabilité et l’opérabilité des dispositions du C.c.Q.

[86] Lorsqu’elle applique des doctrines constitutionnelles, la Cour préfère adopter une approche souple — qui permet dans bien des cas aux deux ordres de gouvernement d’agir — plutôt que de créer « des compartiments étanches » (voir *Rogers*, par. 37 (les juges Wagner et Côté) et 85 (le juge Gascon, motifs concordants quant au résultat); *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 36; *Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669, par. 8). Cette conception du fédéralisme reconnaît qu’il serait souvent impossible pour un ordre de gouvernement de s’acquitter de ses fonctions constitutionnelles sans incidence sur les matières qui relèvent de la compétence législative de l’autre ordre de gouvernement (*Banque canadienne de l’Ouest*, par. 29; *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327, par. 15; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, la juge en chef McLachlin, par. 139; Brun, Tremblay et Brouillet, p. 465).

[87] À l’instar des autres compétences exclusives, la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires n’est pas « étanche » et demeure assujettie à cette conception souple du partage des compétences (*Lafarge*, par. 1 et 4). Dans l’arrêt *Lafarge*, rendu le même jour que l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest*, les juges Binnie et LeBel ont appliqué la nouvelle formulation de l’analyse du partage des compétences afin de résoudre un conflit entre la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires et un règlement municipal pris en vertu de la compétence provinciale. Comme ils l’ont écrit, un texte législatif provincial valide pourra avoir des effets accessoires sur un chef de compétence fédérale — en l’occurrence la navigation et les bâtiments ou navires — à moins qu’il soit conclu que la doctrine de l’exclusivité des compétences ou celle de la prépondérance fédérale s’applique :

Comme nous l’avons vu dans l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest*, dans certaines circonstances, les compétences d’un ordre de gouvernement doivent être protégées contre les empiètements, même accessoires, de l’autre ordre de gouvernement. C’est ce qu’on appelle la doctrine

which legislation whose pith and substance falls within the jurisdiction of the legislature that enacted it may, at least to a certain extent, affect matters beyond the legislature's jurisdiction without necessarily being unconstitutional. Thus a provincial *Planning Act* relating to pith and substance of "Municipal Institutions in the Province" (*Constitution Act, 1867*, s. 92(8)) and "Property and Civil Rights in the Province" (s. 92(13)) as well as "Matters of a merely local or private Nature" (s. 92(16)) would quite permissibly have "incidental effects" on matters within its scope that would otherwise fall within federal jurisdiction over navigation and shipping, provided such "incidental effects" are not precluded from doing so by (i) the doctrine of interjurisdictional immunity or (ii) the operation of federal paramountcy." [Emphasis added; citation omitted; para. 41.]

[88] In *Ryan Estate*, the Court reaffirmed that the approach laid out in *Canadian Western Bank* regarding the division of powers applied to the federal competence over navigation and shipping. Writing for a unanimous Court, LeBel and Karakatsanis JJ. held that *Canadian Western Bank* had displaced prior jurisprudence on the interaction between the rules of Canadian maritime law and provincial statutes:

We acknowledge that this Court in *Ordon* held that interjurisdictional immunity applies where a provincial statute of general application has the effect of indirectly regulating a maritime negligence law issue. However, *Ordon* predates *Canadian Western Bank* and *COPA*, which clarified the two-step test for interjurisdictional immunity and set the necessary level of intrusion into the relevant core at "impairs" instead of "affects". Accordingly, *Ordon* does not apply the two-step test for interjurisdictional immunity developed in *Canadian Western Bank* and *COPA* nor the notion of impairment of the federal core which is now necessary to trigger the application of interjurisdictional immunity: see *Ordon*, at para. 81. [Emphasis added; para. 64.]

[89] It follows that the doctrines of interjurisdictional immunity and federal paramountcy must be applied to navigation and shipping in the same way

de l'exclusivité des compétences, qui constitue une exception à la règle ordinaire selon laquelle la législation dont le caractère véritable relève de la compétence du législateur qui l'a adoptée pourra, au moins dans une certaine mesure, toucher des matières qui ne sont pas de sa compétence sans nécessairement perdre sa validité constitutionnelle. Ainsi, il est tout à fait légitime que la *Planning Act* provinciale, dont le caractère véritable relève des « institutions municipales dans la province » (*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(8)), de « [l]a propriété et [d]es droits civils dans la province » (par. 92(13)) et des « matières d'une nature purement locale ou privée » (par. 92(16)), produise des « effets accessoires » sur des matières dont elle traite, bien que ceux-ci relèvent sous d'autres rapports de la compétence fédérale en matière de navigation et de bâtiments ou navires, pourvu que (i) la doctrine de l'exclusivité des compétences ou (ii) la doctrine de la prépondérance fédérale n'interdisent pas de tels « effets accessoires ». [Nous soulignons; référence omise; par. 41.]

[88] Dans l'arrêt *Succession Ryan*, la Cour a confirmé que l'approche exposée dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest* quant au partage des compétences s'appliquait à la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires. S'exprimant au nom de la Cour, les juges LeBel et Karakatsanis ont conclu que l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest* avait supplanté la jurisprudence antérieure traitant de l'interaction entre les règles du droit maritime canadien et les lois provinciales :

Nous reconnaissons que, dans l'arrêt *Ordon*, notre Cour a jugé que la doctrine de l'exclusivité des compétences s'applique lorsqu'une loi provinciale d'application générale a pour effet de réglementer indirectement un aspect des règles de droit relatives à la négligence en matière maritime. Toutefois, cet arrêt a précédé les affaires *Banque canadienne de l'Ouest* et *COPA*, où la Cour a précisé l'analyse à deux volets concernant l'exclusivité des compétences et indiqué que l'empiètement reproché devait non seulement « toucher » le cœur de la compétence en cause, mais « entraver » l'exercice de celle-ci. Par conséquent, ni l'analyse élaborée dans *Banque canadienne de l'Ouest* et *COPA*, ni le degré d'empiètement requis aujourd'hui pour déclencher l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences n'ont été appliqués dans *Ordon* : voir *Ordon*, par. 81. [Nous soulignons; par. 64.]

[89] Partant, les doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale doivent s'appliquer à la navigation et aux bâtiments ou navires

as in all division of powers cases. As we will explain below, we find that neither the doctrine of interjurisdictional immunity nor that of federal paramountcy is triggered on the facts of this case. Consequently, the rule expressed by art. 1733 *C.C.Q.* is applicable and operative with respect to the case at hand. In our view, this approach reflects a proper relationship between federal and provincial authority.

(a) *Interjurisdictional Immunity*

[90] According to the doctrine of interjurisdictional immunity, the core of exclusive heads of power under the *Constitution Act, 1867*, can be protected from the effects of a law validly enacted by the other order of government (*Canadian Western Bank*, at paras. 33-34; *Rogers*, at para. 59; *COPA*, at para. 26). If the doctrine is found to apply, the impugned provisions remain valid but are declared inapplicable to matters that would fall under the core of the exclusive head of power of the other order of government.

[91] In *Canadian Western Bank*, the Court sought to limit the application of interjurisdictional immunity, *inter alia* because it ran contrary to the notion of flexible federalism that had become central to the division of powers analysis (para. 42; *Rogers*, at para. 60). It did not, however, eliminate this doctrine, which remains part of Canadian law (*Canadian Western Bank*, at paras. 48 and 50; *COPA*, at para. 58; *Rogers*, at para. 119, per Gascon J., concurring in the result).

[92] Two conditions must be met for the doctrine to apply. First, the impugned provision must trench on the core of an exclusive head of power under the *Constitution Act, 1867*. Second, the effect of this overlap must impair the exercise of the core of the head of power (*Canadian Western Bank*, at paras. 48 and 50; *COPA*, at paras. 27 and 42-43; *Rogers*, at para. 59).

de la même façon que dans tous les cas de partage des compétences. Comme nous l'expliquerons, nous estimons que les faits de l'espèce ne commandent pas l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences ni de celle de la prépondérance fédérale. Par conséquent, la règle prévue à l'art. 1733 *C.c.Q.* est applicable et opérante pour ce qui est de l'affaire qui nous occupe. À notre avis, cette approche illustre bien le rapport qui doit exister entre les pouvoirs fédéral et provincial.

a) *Exclusivité des compétences*

[90] Suivant la doctrine de l'exclusivité des compétences, le contenu essentiel des chefs de compétence exclusive prévus dans la *Loi constitutionnelle de 1867* peut être protégé contre les effets d'une loi valablement adoptée par l'autre ordre de gouvernement (*Banque canadienne de l'Ouest*, par. 33-34; *Rogers*, par. 59; *COPA*, par. 26). S'il est conclu que la doctrine s'applique, les dispositions contestées demeurent valides, mais sont déclarées inapplicables aux matières qui relèveraient du contenu essentiel de la compétence exclusive de l'autre ordre de gouvernement.

[91] Dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, la Cour a tenté de limiter l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences, notamment parce qu'elle était contraire à la notion de fédéralisme souple maintenant au cœur de l'analyse du partage des compétences (par. 42; *Rogers*, par. 60). Elle n'a cependant pas écarté cette doctrine, qui continue de faire partie du droit canadien (*Banque canadienne de l'Ouest*, par. 48 et 50; *COPA*, par. 58; *Rogers*, par. 119, le juge Gascon, motifs concordants quant au résultat).

[92] Deux conditions doivent être réunies pour que la doctrine s'applique. Premièrement, la disposition contestée doit empiéter sur le contenu essentiel d'un chef de compétence exclusive prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Deuxièmement, cet empiètement doit entraver l'exercice d'une activité relevant du contenu essentiel du chef de compétence (*Banque canadienne de l'Ouest*, par. 48 et 50; *COPA*, par. 27 et 42-43; *Rogers*, par. 59).

[93] At the first step of the analysis, we begin by determining what is included in the core of the head of power. This notion corresponds to the “basic, minimum and unassailable content” of the legislative power in question (*Bell Canada*, at p. 839), which is “necessary to make the power effective for the purpose for which it was conferred” (*Canadian Western Bank*, at para. 50). In *Canadian Western Bank*, the Court stated that interjurisdictional immunity should generally be limited to situations already covered by precedents, which means in practice that we will usually not expand the doctrine to protect the core of legislative powers that have not already been so defined in our jurisprudence (paras. 77-78; *COPA*, at para. 36; *Rogers*, at para. 61).

[94] Here, we find no precedent suggesting that the contractual issues raised by TDI’s claim engage the core of the federal competence over navigation and shipping. We are also not persuaded that the core of navigation and shipping could or should be defined in a manner so as to necessarily encompass contractual issues related to the sale of marine engine parts for use on a commercial vessel. On this basis, we decline to apply the doctrine of interjurisdictional immunity so as to render art. 1733 *C.C.Q.* inapplicable to such maritime matters.

[95] While the Court has found similar matters to be sufficiently connected to navigation and shipping so as to validly engage the rules of Canadian maritime law (see, e.g., *Wire Rope*, at pp. 377 and 379), these cases do not constitute precedents for defining the core of s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*. In this sense, we agree with the submission of the Attorney General of Ontario that “[w]hat is ‘integral’ does not equate to what is ‘core’” (Intervener’s factum, at para. 19). As Binnie and LeBel JJ. wrote in *Lafarge*, “[w]hat is ‘vital’ or ‘essential’ is, by definition, not co-extensive with every element of an undertaking incorporated federally or subject to federal regulation” (para. 42). To apply

[93] À la première étape de l’analyse, nous devons commencer par déterminer ce que comprend le contenu essentiel du chef de compétence. Cette notion correspond au « contenu minimum élémentaire et irréductible » de la compétence législative en cause (*Bell Canada*, p. 839), lequel est « nécessaire pour garantir la réalisation efficace de l’objectif pour lequel la compétence a été attribuée » (*Banque canadienne de l’Ouest*, par. 50). Dans l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest*, la Cour a déclaré que la doctrine de l’exclusivité des compétences devrait, en général, être appliquée seulement dans les situations déjà traitées dans la jurisprudence, ce qui veut dire concrètement que nous ne l’appliquerons pas normalement pour protéger le contenu essentiel des compétences législatives qui n’a pas déjà été défini dans notre jurisprudence (par. 77-78; *COPA*, par. 36; *Rogers*, par. 61).

[94] En l’espèce, nous ne trouvons aucun précédent qui permette de croire que les questions contractuelles soulevées par la demande de TDI touchent au contenu essentiel du chef de compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires. Nous ne sommes pas non plus convaincus que le contenu essentiel de la compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires puisse ou doive être défini de manière à englober nécessairement les questions contractuelles relatives à la vente de pièces de moteur de navire destinées à un bâtiment commercial. Pour cette raison, nous refusons d’appliquer la doctrine de l’exclusivité des compétences de façon à rendre l’art. 1733 *C.c.Q.* inapplicable à de telles affaires maritimes.

[95] Il est vrai que la Cour a déjà conclu que des affaires semblables étaient suffisamment liées à la navigation et aux bâtiments ou navires pour que s’appliquent valablement les règles du droit maritime canadien (voir, p. ex., *Wire Rope*, p. 377 et 379), mais ces affaires ne sauraient constituer des précédents définissant le contenu essentiel du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À cet égard, nous souscrivons à l’observation du procureur général de l’Ontario selon laquelle [TRADUCTION] « [c]e qui est “intégral” ne correspond pas à ce qui est “essentiel” » (mémoire de l’intervenant, par. 19). Comme l’ont écrit les juges Binnie et LeBel dans l’arrêt *Lafarge*, « [p]ar définition, ce qui est “vital” ou “essentiel”

interjurisdictional immunity based on cases like *Wire Rope* would amount to a considerable expansion of the doctrine and a return to the watertight compartments described by Lord Atkin in *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (P.C.), at p. 354, which would run contrary to well settled jurisprudence on the division of powers. In order to apply interjurisdictional immunity, we must identify the essential, vital elements of the head of power in question by reference to our jurisprudence. This is necessarily narrower than the scope of the power, here reflected in the integral connection test.

[96] The core of navigation and shipping was defined to include issues of maritime negligence in *Ordon Estate*. As explained by Iacobucci and Major JJ., maritime negligence is at the core of the federal power over navigation and shipping because it is essential to establish a consistent, uniform body of specialized rules to regulate the behaviour of those who engage in marine activities:

This more general rule of constitutional inapplicability of provincial statutes is central to the determination of the constitutional questions at issue in these appeals. Maritime negligence law is a core element of Parliament's jurisdiction over maritime law. The determination of the standard, elements, and terms of liability for negligence between vessels or those responsible for vessels has long been an essential aspect of maritime law, and the assignment of exclusive federal jurisdiction over navigation and shipping was undoubtedly intended to preclude provincial jurisdiction over maritime negligence law, among other maritime matters. As discussed below, there are strong reasons to desire uniformity in Canadian maritime negligence law. Moreover, the specialized rules and principles of admiralty law deal with negligence on the waters in a unique manner, focussing on concerns of "good seamanship" and other peculiarly maritime issues. Maritime negligence law may be understood, in the words of Beetz J. in *Bell Canada v. Quebec*, as part of that which makes maritime

ne correspond pas nécessairement à chaque élément d'une entreprise constituée en société sous le régime d'une loi fédérale ou assujettie à la réglementation fédérale » (par. 42). Appliquer la doctrine de l'exclusivité des compétences sur le fondement d'arrêts tel que *Wire Rope* reviendrait à élargir considérablement la doctrine et à revenir aux compartiments étanches décrits par lord Atkin dans l'arrêt *Attorney General for Canada c. Attorney General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (C.P.), p. 354, ce qui irait à l'encontre de la jurisprudence bien établie sur le partage des compétences. Pour appliquer la doctrine de l'exclusivité des compétences, nous devons définir les éléments essentiels et vitaux du chef de compétence en cause en nous reportant à notre jurisprudence. Cette définition est nécessairement plus étroite que celle de la portée de la compétence, qui ressort ici du test du lien intégral.

[96] Dans l'arrêt *Succession Ordon*, la Cour a jugé que le contenu essentiel de la navigation et des bâtiments ou navires englobait les questions de négligence en matière maritime. Comme l'ont expliqué les juges Iacobucci et Major, la négligence en matière maritime est au cœur de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires parce qu'il est essentiel d'établir un ensemble cohérent et uniforme de règles particulières afin de réglementer la conduite de ceux qui exercent des activités maritimes :

Cette règle plus générale de l'inapplicabilité constitutionnelle des lois provinciales est essentielle pour répondre aux questions constitutionnelles en cause dans les présents pourvois. Les règles relatives à la négligence du droit maritime sont un élément du contenu essentiel de la compétence du Parlement sur le droit maritime. L'établissement de la norme applicable, des éléments et des conditions en matière de responsabilité pour négligence des navires ou des personnes qui en répondent est depuis longtemps un aspect essentiel du droit maritime, et l'attribution au fédéral de la compétence exclusive sur la navigation et les expéditions par eau visait sans aucun doute à exclure la compétence provinciale sur les règles relatives à la négligence, entre autres matières maritimes. Comme nous le verrons plus loin, de solides raisons militent en faveur de l'uniformité des règles relatives à la négligence en droit maritime canadien. De plus, les règles et principes spéciaux applicables en matière d'amirauté régissent la question de la négligence sur les eaux d'une

law “specifically of federal jurisdiction”. [Citation omitted; para. 84.]

[97] Contrary to what Wärtsilä suggests, the same reasoning does not apply to the contractual issues raised by TDI’s claim. Indeed, sophisticated parties to a contract of sale for commercial marine equipment can generally determine in advance which body of law will govern their contract should a dispute arise. In this context, while it may be advantageous for the parties to rely on a federal body of rules tailored for the practical realities of commercial actors in the maritime sector, nothing mandates that they do so. As Laskin C.J. wrote in *Tropwood*, it is indeed possible that, in the exercise of its concurrent jurisdiction over maritime matters, the Federal Court might apply foreign law as elected by contract (pp. 166-67). In our view, this is a clear indication that, contrary to what was necessary for maritime negligence, it is not essential for the exercise of federal competence over navigation and shipping that only one body of law — Canadian maritime law — regulate such contracts. Here, had the parties referred explicitly to the *C.C.Q.* in the clause of their contract dealing with the choice of law, there would be no question that it would govern this dispute and therefore no division of powers analysis to undertake.

[98] We thus conclude that interjurisdictional immunity does not apply in this case. We now turn to federal paramountcy.

(b) *Federal Paramountcy*

[99] According to the doctrine of federal paramountcy, when valid provincial and federal legislation are incompatible, the federal law prevails and the

façon particulière, s’attachant à la « bonne navigation » et à d’autres questions proprement maritimes. Les règles relatives à la négligence du droit maritime peuvent être considérées comme une partie intégrante de ce qui constitue la « spécificité fédérale » du droit maritime, pour reprendre l’expression employée par le juge Beetz dans *Bell Canada*. [Référence omise; par. 84.]

[97] Contrairement à ce que suggère Wärtsilä, le même raisonnement ne s’applique pas aux questions contractuelles soulevées par la demande de TDI. En fait, les parties averties qui ont conclu un contrat de vente d’équipement destiné à un navire commercial peuvent en général déterminer à l’avance quel ensemble de règles de droit régira leur contrat en cas de conflit. Dans ce contexte, bien qu’il puisse être avantageux pour les parties d’opter pour un ensemble de règles fédérales adaptées aux réalités pratiques des joueurs commerciaux dans le secteur maritime, rien ne les oblige à le faire. Comme l’a écrit le juge en chef Laskin dans l’arrêt *Tropwood*, il est en effet possible que, dans l’exercice de sa compétence concurrente sur les affaires maritimes, la Cour fédérale doive appliquer le droit étranger choisi par contrat (p. 166-167). À notre avis, il ressort clairement de ce qui précède que, contrairement à ce qui était nécessaire pour la négligence en matière maritime, il n’est pas essentiel à l’exercice de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires qu’un seul ensemble de règles de droit — le droit maritime canadien — réglemente ces contrats. En l’espèce, si les parties avaient désigné expressément le *C.c.Q.* dans la clause de leur contrat portant sur la détermination du droit applicable, il n’aurait fait aucun doute que celui-ci régirait le présent litige et aucune analyse sur le partage des compétences ne serait nécessaire.

[98] Nous concluons donc que l’exclusivité des compétences ne s’applique pas en l’espèce. Nous nous penchons maintenant sur la prépondérance fédérale.

b) *Prépondérance fédérale*

[99] Selon la doctrine de la prépondérance fédérale, lorsque des lois provinciales et fédérales valides sont incompatibles, la loi fédérale l’emporte et la loi

provincial law is declared inoperative to the extent of the conflict (*Canadian Western Bank*, at para. 69; *Moloney*, at para. 16; *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419, at para. 15).

[100] Over time, this doctrine has evolved to encompass two different types of conflicts between federal and provincial legislation: operational conflicts and frustration of purpose. An operational conflict will arise when it is impossible to comply simultaneously with both laws, whereas frustration of purpose refers to the effect of the provincial law on the legislative objectives of the federal law (*Canadian Western Bank*, at paras. 71-73; *Lafarge*, at para. 77; *COPA*, at para. 64; *Lemare Lake*, at paras. 18-19; *Moloney*, at para. 18).

[101] In our view, this case does not present a conflict between a provincial and a federal legislative enactment so as to trigger the doctrine of federal paramountcy. The rules of Canadian maritime law that would arguably be applicable in this case are non-statutory, akin to the common law and developed by the courts on a case-by-case basis. As such, they cannot be paramount to valid provincial legislation (*Ryan Estate*, at paras. 66-67; Brun, Tremblay and Brouillet, at p. 478). The purpose of the federal paramountcy doctrine is to ensure that federal legislative intent will prevail when it conflicts with valid provincial laws, whether that incompatibility is described in terms of operational conflict or frustration of purpose. In *Multiple Access*, Dickson J. explained that a mere duplication of the same rule would not trigger paramountcy since the intent of Parliament would remain unaffected:

. . . there is no true repugnancy in the case of merely duplicative provisions since it does not matter which statute is applied; the legislative purpose of Parliament will be fulfilled regardless of which statute is invoked by a remedy-seeker; application of the provincial law does not displace the legislative purpose of Parliament. [p. 190]

[102] In the cases that followed *Multiple Access*, the Court has consistently described the doctrine of federal paramountcy in relation to Parliament's

provinciale est déclarée inopérante dans la mesure du conflit (*Banque canadienne de l'Ouest*, par. 69; *Moloney*, par. 16; *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419, par. 15).

[100] Cette doctrine a évolué avec le temps et elle englobe maintenant deux types de conflits entre les lois fédérales et provinciales : le conflit d'application et l'incompatibilité d'objet. Le conflit d'application survient lorsqu'il est impossible de respecter simultanément les deux lois, alors que l'incompatibilité d'objet se rapporte à l'effet de la loi provinciale sur les objectifs de la loi fédérale (*Banque canadienne de l'Ouest*, par. 71-73; *Lafarge*, par. 77; *COPA*, par. 64; *Lemare Lake*, par. 18-19; *Moloney*, par. 18).

[101] À notre avis, l'affaire en l'espèce ne présente pas de conflit entre un texte législatif provincial et un texte législatif fédéral qui ferait intervenir la doctrine de la prépondérance fédérale. Les règles du droit maritime canadien qui pourraient être applicables en l'espèce sont non statutaires; elles s'apparentent à la common law et ont été élaborées par les tribunaux au cas par cas. À ce titre, elles ne peuvent prévaloir sur une loi provinciale valide (*Succession Ryan*, par. 66-67; Brun, Tremblay et Brouillet, p. 478). La doctrine de la prépondérance fédérale vise à ce que l'intention du législateur fédéral l'emporte en cas de conflit avec une loi provinciale valide, que l'incompatibilité soit décrite comme étant un conflit d'application ou une incompatibilité d'objet. Dans l'arrêt *Multiple Access*, le juge Dickson a expliqué qu'un simple dédoublement de la même règle ne ferait pas intervenir la doctrine de la prépondérance puisque l'intention du Parlement ne serait pas touchée :

Il n'y a pas vraiment incompatibilité dans le cas de dispositions qui se répètent simplement, puisqu'il n'importe pas de savoir quelle loi est appliquée; le but visé par le Parlement sera atteint, peu importe la loi sur laquelle se fonde le recours; l'application de la loi provinciale n'a pas pour effet d'écarter l'intention du Parlement. [p. 190]

[102] Dans les décisions subséquentes à l'arrêt *Multiple Access*, la Cour a systématiquement décrit la doctrine de la prépondérance fédérale en fonction

legislative intent, which led the Court to open up the doctrine to a further type of conflict based on the frustration of purpose. In *Hall*, La Forest J. inquired into the existence of an operational conflict “in the sense that the legislative purpose of Parliament stands to be displaced” and concluded that “to require the bank to defer to the provincial legislation is to displace the legislative intent of Parliament” (pp. 152-53). In *Mangat*, Gonthier J. stated that “[t]here will be a conflict in operation where the application of the provincial law will displace the legislative purpose of Parliament” and that this constituted the “rationale for the application of the doctrine of paramountcy” (paras. 69-70). The same view was expressed in *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188, at para. 14: “. . . the overarching principle to be derived from [*Multiple Access*] and later cases is that a provincial enactment must not frustrate the purpose of a federal enactment, whether by making it impossible to comply with the latter or by some other means. In this way, impossibility of dual compliance is sufficient but not the only test for inconsistency.” As the Court explained in *COPA*, the centrality of Parliamentary intent is a key difference between the doctrines of interjurisdictional immunity and paramountcy: “Unlike interjurisdictional immunity, which is concerned with the *scope* of the federal power, paramountcy deals with the way in which that power is *exercised*” (para. 62 (emphasis in original)).

[103] In our view, it would run contrary to the purpose of the federal paramountcy doctrine to declare that the non-statutory rules of Canadian maritime law can prevail over valid provincial legislation. These rules are created by courts with admiralty jurisdiction, not by Parliament. To have them prevail over valid legislation would upset the proper interaction in common law systems between rules created by courts and those enacted by legislative authorities (see Sullivan, at p. 537); it would also raise serious questions about the separation of powers. Similarly, we reject the proposition that rules set out in English statutes could be paramount to valid provincial laws for the sole reason that they were

de l’intention du législateur fédéral, ce qui l’a amenée à étendre la doctrine à un autre type de conflit fondé sur l’incompatibilité d’objet. Dans l’arrêt *Hall*, le juge La Forest s’est demandé s’il y avait un conflit d’application « en ce sens que l’intention du Parlement risque d’être écartée » et il a conclu qu’« obliger la banque à respecter la loi provinciale, c’est écarter l’intention du Parlement » (p. 152-153). Dans l’arrêt *Mangat*, le juge Gonthier a affirmé qu’« [i]l y a conflit d’application lorsque l’application de la loi provinciale a pour effet de déjouer l’intention du Parlement » et que cela constituait la « raison d’être de l’application de la règle de la prépondérance » (par. 69-70). La Cour a exprimé la même opinion dans l’arrêt *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188, par. 14 : « . . . le principe dominant à tirer de [*Multiple Access*] et des décisions subséquentes signifie qu’une loi provinciale ne doit pas entraver la réalisation de l’objet d’une loi fédérale, soit en rendant impossible le respect de celle-ci, soit par tout autre moyen. En ce sens, l’impossibilité de se conformer aux deux textes suffit pour établir l’incompatibilité, mais ce n’est pas le seul critère. » Comme l’a expliqué la Cour dans l’arrêt *COPA*, le rôle central de l’intention du Parlement est ce qui différencie principalement les doctrines de l’exclusivité des compétences et de la prépondérance : « Contrairement à la doctrine de l’exclusivité des compétences, laquelle se rapporte à la *portée* de la compétence fédérale, celle de la prépondérance fédérale se rapporte à la façon dont la compétence est *exercée* » (par. 62 (en italique dans l’original)).

[103] À notre avis, il serait contraire à l’objet de la doctrine de la prépondérance fédérale de déclarer que les règles non statutaires du droit maritime canadien peuvent l’emporter sur des lois provinciales valides. Ces règles sont créées par des tribunaux ayant compétence en matière d’amirauté, non par le Parlement. Conclure qu’elles ont préséance sur une loi valide perturberait l’interaction qui doit exister dans les régimes de common law entre les règles créées par les tribunaux et celles adoptées par les autorités législatives (voir Sullivan, p. 537), en plus de soulever de sérieuses questions concernant le partage des compétences. De même, nous rejetons la proposition voulant que les règles contenues dans les

applied by Canadian or English admiralty courts until 1934. On this basis alone, we decline to render art. 1733 *C.C.Q.* inoperative based on a conflict with the rule expressed in the *Sale of Goods Act, 1893* (U.K.), 56 & 57 Vict., c. 71, that allows for the limitation of the seller's liability.

[104] We also disagree with the position taken by Wärtsilä to the effect that s. 2 of the *F.C.A.* renders art. 1733 *C.C.Q.* inoperative (respondents' factum, at paras. 107-8). The effect of s. 2 is to describe the substantive content of Canadian maritime law, much of which is non-statutory and in continuing evolution. This cannot have the effect of making Canadian maritime law as a whole paramount to provincial legislation.

[105] First, we cannot infer from the exercise of Parliament's jurisdiction in a particular area the intention to occupy the entire field exclusively, absent very clear statutory language (*Canadian Western Bank*, at para. 74; *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725, at para. 72). Here, nothing in the language of s. 2 of the *F.C.A.* suggests that the intention of Parliament was to oust the operation of valid provincial legislation. Second, and perhaps more fundamentally, s. 2 does not change the nature of the non-statutory rules it identifies as part of Canadian maritime law and for that reason, it cannot trigger the doctrine of paramountcy in the way that Wärtsilä suggests. In other words, the paramount position of federal legislative intent over provincial legislative intent in certain circumstances cannot be extended, by the operation of a provision like s. 2 of the *F.C.A.*, to the law developed by courts who exercise admiralty jurisdiction in Canada. As a result, the doctrine of federal paramountcy does not apply here.

[106] Article 1733 *C.C.Q.* is therefore operative and governs the dispute between TDI and Wärtsilä as it prevails over Canadian non-statutory maritime law

lois anglaises puissent avoir prépondérance sur des lois provinciales valides seulement parce qu'elles ont été appliquées par les cours d'amirauté canadiennes ou anglaises jusqu'en 1934. Pour ce seul motif, nous refusons de rendre inopérant l'art. 1733 *C.c.Q.* en raison de son incompatibilité avec la règle contenue dans la *Sale of Goods Act, 1893* (R.-U.), 56 & 57 Vict., c. 71, qui permet de limiter la responsabilité du vendeur.

[104] Nous ne souscrivons pas non plus à la position adoptée par Wärtsilä, selon laquelle l'art. 2 de la *L.C.F.* rend l'art. 1733 *C.c.Q.* inopérant (mémoire des intimées, par. 107-108). L'article 2 a pour effet de décrire le contenu substantiel du droit maritime canadien, dont une grande partie est non statutaire et en constante évolution; cela ne veut pas dire que le droit maritime canadien, dans son ensemble, a préséance sur les lois provinciales.

[105] En premier lieu, nous ne pouvons inférer de l'exercice par le Parlement de sa compétence dans un domaine particulier que celui-ci a l'intention d'occuper exclusivement tout le champ, s'il n'y a aucun texte de loi clair à cet effet (*Banque canadienne de l'Ouest*, par. 74; *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725, par. 72). En l'espèce, le libellé de l'art. 2 de la *L.C.F.* n'indique en rien que le Parlement entendait écarter l'application de lois provinciales valides. En deuxième lieu, et peut-être plus fondamentalement, l'art. 2 ne change pas la nature des règles non statutaires qu'il décrit comme faisant partie du droit maritime canadien et pour cette raison, il ne peut déclencher l'application de la doctrine de la prépondérance de la façon dont le suggère Wärtsilä. Autrement dit, la prépondérance de l'intention législative fédérale sur l'intention législative provinciale dans certaines circonstances ne peut s'étendre, par l'effet d'une disposition telle que l'art. 2 de la *L.C.F.*, aux règles de droit élaborées par les tribunaux ayant compétence en matière d'amirauté au Canada. En conséquence, la doctrine de la prépondérance fédérale ne s'applique pas en l'espèce.

[106] L'article 1733 *C.c.Q.* est donc opérant et régit le litige opposant TDI et Wärtsilä puisqu'il l'emporte sur le droit maritime canadien non statutaire

following the principle of the primacy of a legislative enactment. The analysis would have been different if Parliament had enacted a valid law or regulation to regulate the matter pursuant to its legislative authority over navigation and shipping. In such case, the courts would have needed to apply the doctrine of federal paramountcy and determine whether there was a conflict between the federal and provincial rules. But in the absence of a valid federal law or regulation that seeks to regulate this claim, we find no basis to prevent the operation of the *C.C.Q.*, or any other provincial statute.

III. Conclusion

[107] For the foregoing reasons, we would allow the appeal with costs in this Court and in the courts below, set aside the judgment of the Quebec Court of Appeal, and restore the conclusions of the trial judge’s judgment at paras. 108 to 110.

The reasons of Wagner C.J. and Abella and Brown J.J. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND BROWN J. —

I. Introduction

[108] The question presented by this appeal is whether claims arising from a contract for sale of marine engine parts raise, in pith in substance, matters falling under ss. 91(10) (“Navigation and Shipping”) or 92(13) (“Property and Civil Rights”) of the *Constitution Act, 1867*. In requiring us to consider the scope of federal legislative authority over navigation and shipping under s. 91(10), this appeal also affords this Court an opportunity to review its decision in *ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, along with other decisions which have occasionally been taken as suggesting a distinct approach to determining if a matter falls under that head of power. As we explain below, the division of powers issues raised by this appeal are to be resolved as they are in respect of any other head of power — that is, by applying the pith and substance test. We acknowledge that our colleagues take

conformément au principe de la primauté d’un texte législatif. L’analyse aurait été différente si le Parlement avait adopté une loi ou un règlement valide visant à réglementer la matière conformément à sa compétence législative sur la navigation et les bâtiments ou navires. Dans un tel cas, les tribunaux auraient dû appliquer la doctrine de la prépondérance fédérale et établir s’il y avait incompatibilité entre les règles fédérales et provinciales. Or, comme il n’existe pas de loi ou de règlement fédéral valide qui vise à régir la présente action, nous estimons que rien n’empêche l’application du *C.c.Q.* ou de toute autre loi provinciale.

III. Conclusion

[107] Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens devant la Cour et devant les juridictions inférieures, d’infirmier l’arrêt de la Cour d’appel du Québec et de rétablir les conclusions de la juge de première instance qui se trouvent aux par. 108 à 110 de ses motifs.

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Abella et Brown rendus par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE BROWN —

I. Introduction

[108] La question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir si les demandes découlant d’un contrat relatif à la vente de pièces d’un moteur de navire concernent, de par leur caractère véritable, des questions relevant du par. 91(10) (« la navigation et les bâtiments ou navires (*shipping*) ») ou du par. 92(13) (« la propriété et les droits civils ») de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Parce qu’il soumet à notre examen l’étendue de la compétence législative fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires visée au par. 91(10), le présent pourvoi permet également à la Cour de réexaminer sa décision dans l’affaire *ITO — International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, ainsi que d’autres décisions qui ont parfois été considérées comme suggérant une démarche distincte visant à établir si une question relève de ce chef de compétence. Comme nous le verrons plus loin,

a different view of the division of powers analysis. On this matter, we are ships passing in the night.

[109] As we will also explain, those matters which in pith and substance come within s. 91(10) cannot be identified by simply looking to those categories of claims which Parliament has enumerated as falling within “Canadian maritime law” under s. 22 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7 (“FCA”). Parliament may not presume to state the constitutional scope of its own legislative authority. While the claim at issue in this case touches upon issues of navigation and shipping, it raises, in pith and substance, a matter coming within property and civil rights, in relation to which the National Assembly of Quebec *exclusively* may make laws. We would therefore allow the appeal. The *Civil Code of Quebec* (“C.C.Q.”) governs the appellants’ claims.

II. Background

A. *Facts*

[110] The appellants Desgagnés Transport Inc., Desgagnés Transarctik Inc. and Navigation Desgagnés Inc. (together, “TDI”) comprise a Canadian merchant shipping conglomerate which operates a fleet of vessels in Canadian and international waters. One of TDI’s ships is the MV *Camilla Desgagnés* (“*Camilla*”). In October 2006, while the *Camilla* was operating in Nunavut, an accident damaged the crankshaft and the bedplate of her main engine. TDI consulted the respondents, Wärtsilä Canada Inc. and Wärtsilä Netherland B.V. (together, “Wärtsilä”), related companies that carry on business as manufacturers and suppliers of maritime engines and propulsion systems. Ultimately, several repair options were proposed, and TDI opted to purchase from

les questions sur le partage des compétences soulevées dans le présent pourvoi doivent être tranchées de la même manière qu’elles le sont relativement à tout autre chef de compétence, soit au moyen de l’application du critère du caractère véritable. Nous reconnaissons que nos collègues expriment une opinion différente sur l’analyse du partage des compétences. Sur cette question, nous prenons des trajectoires différentes.

[109] Comme nous l’expliquerons également, les matières qui, de par leur caractère véritable, sont visées par le par. 91(10) ne peuvent être établies simplement par l’examen des catégories de demandes définies par le législateur comme relevant du « droit maritime canadien » conformément à l’art. 22 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7 (« LCF »). Le législateur ne peut définir la portée constitutionnelle de son propre pouvoir législatif. Bien que la demande en l’espèce touche à des questions relatives à la navigation et aux bâtiments ou navires, elle concerne, de par son caractère véritable, une matière relevant de la propriété et des droits civils, à l’égard de laquelle l’Assemblée nationale du Québec a le pouvoir *exclusif* de légiférer. Nous sommes donc d’avis d’accueillir le pourvoi. Le *Code civil du Québec* (« C.c.Q. ») régit les demandes des appelantes.

II. Contexte

A. *Faits*

[110] Les appelantes, Transport Desgagnés inc., Desgagnés Transarctik inc. et Navigation Desgagnés inc. (ensemble, « TDI ») constituent un conglomerat de marine marchande canadienne qui exploite une flotte de navires dans les eaux canadiennes et internationales. L’un des navires de TDI est le NM *Camilla Desgagnés* (« *Camilla* »). En octobre 2006, pendant que le *Camilla* était en activité au Nunavut, un accident a endommagé le vilebrequin et l’assise de son moteur principal. TDI a consulté les intimées, Wärtsilä Canada Inc. et Wärtsilä Netherland B.V. (ensemble, « Wärtsilä »), des sociétés affiliées qui exercent des activités de fabrication et de fourniture de moteurs de navires et de systèmes de propulsion. Au final, plusieurs réparations ont été proposées,

Wärtsilä a reconditioned crankshaft assembled on a new bedplate together with various bearings and fitted bolts, as well as new marine style connecting rods, at a cost of \$1,175,000. The trial judge found that the contract was formed in Montréal, Quebec (2015 QCCS 5514, at para. 32 (CanLII)).

[111] The contract contained a six-month warranty, and limited Wärtsilä's liability to "fifty-thousand euro (50.000€)" (A.R., at p. 88).

[112] After TDI received the crankshaft and bedplate from Wärtsilä, TDI employees installed the crankshaft and bedplate, and the *Camilla* returned to service in February 2007. On October 27, 2009 (that is, well after the warranty expired), the *Camilla*'s main engine suffered a major failure caused by a latent defect in the crankshaft. TDI sued Wärtsilä for damages and profit lost while the *Camilla* was out of service. The quantum of the claim was agreed to be \$5,661,830.33.

[113] It was common ground between the parties that the engine failure was caused by improper torque being applied to a stud. As a result of stresses caused by this, the stud broke, leading materials to be projected through the main engine, causing extensive damage. At trial, TDI alleged that the crankshaft had contained a latent defect. Wärtsilä denied this allegation, arguing that it would have been impossible for the engine of the *Camilla* to have been in service for over 13,500 hours after the installation of the crankshaft had it contained such a latent defect. Wärtsilä suggested instead that TDI employees had loosened the stud during maintenance work. This point was vigorously debated at trial. The trial judge ultimately concluded that the crankshaft sold by Wärtsilä had indeed contained a latent defect, and that this latent defect had caused the damage to the *Camilla*. This finding has not been appealed.

[114] The point of dispute between the parties is whether the law governing TDI's claim for damages

et TDI a choisi d'acquérir auprès de Wärtsilä un vilebrequin remis à neuf assemblé sur une nouvelle assise de moteur comportant divers paliers et boulons ajustés, ainsi que des nouvelles bielles de type marin, au coût de 1 175 000 \$. La juge de première instance a déclaré que le contrat avait été conclu à Montréal, au Québec (2015 QCCS 5514, par. 32 (CanLII)).

[111] Le contrat était assorti d'une garantie de six mois, et la responsabilité de Wärtsilä y était limitée à [TRADUCTION] « cinquante mille euros (50 000 €) » (d.a., p. 88).

[112] Suivant la réception par TDI du vilebrequin et de l'assise de moteur de Wärtsilä, les employés de TDI les ont installés et le *Camilla* a pu reprendre du service en février 2007. Le 27 octobre 2009 (donc bien après l'expiration de la garantie), le moteur principal du *Camilla* a subi un bris majeur en raison d'un vice caché dans le vilebrequin. TDI a intenté une action en dommages-intérêts contre Wärtsilä pour les pertes de profits pendant la période où le *Camilla* était hors service. Le montant de la réclamation a été établi à 5 661 830,33 \$.

[113] Les parties conviennent que le bris du moteur était attribuable au serrage insuffisant d'un écrou. En raison de tensions causées par ce manque de serrage, l'écrou a cassé, ce qui a fait en sorte que des matériaux ont volé en éclats dans le moteur principal, causant ainsi des dommages importants. Lors du procès, TDI a soutenu que le vilebrequin comportait un vice caché. Wärtsilä a nié cette allégation, affirmant qu'il aurait été impossible que le moteur du *Camilla* fonctionne plus de 13 500 heures suivant l'installation du vilebrequin si celui-ci avait comporté un vice caché. Wärtsilä a plutôt fait valoir que les employés de TDI avaient desserré l'écrou durant les travaux d'entretien. Ce point a fait l'objet de débats vigoureux lors du procès. La juge de première instance a finalement conclu que le vilebrequin vendu par Wärtsilä comportait bien un vice caché, et que ce vice avait causé les dommages au *Camilla*. Cette conclusion n'a pas été portée en appel.

[114] Le litige entre les parties porte sur la question de savoir si le droit applicable à la réclamation

and loss of profit is Canadian maritime law, or the sale provisions of the *C.C.Q.* Were the latter to govern, the combined effect of arts. 1729 and 1733 of the *C.C.Q.* would preclude Wärtsilä, as a “professional seller”, from limiting its liability for the latent defect, leaving it liable for the full quantum of damages. Conversely, were Canadian maritime law to apply, Wärtsilä’s view is that it would be entitled to rely on the contractual limitation of liability. TDI argues, however, that the application of Canadian maritime law would not necessarily preclude Quebec law from applying incidentally to govern its claim.

B. *Decisions Below*

(1) Quebec Superior Court — 2015 QCCS 5514

[115] To determine whether Canadian maritime law or the *C.C.Q.* governed the claim, the trial judge asked whether “the activity at stake is so integrally connected to maritime matters such that it is practically necessary for Parliament to have jurisdiction over same, in order to properly exercise its legislative power over navigation and shipping” (para. 24 (emphasis deleted)). And, in her view, while it was related to maritime activities, the dispute over the sale of the crankshaft and bedplate was not integrally connected to them. It did not relate, for instance, to shipping, seaworthiness, navigation, admiralty law or international maritime conventions. Nor, in her view, was there any practical necessity for uniform federal law to prescribe the rules governing contracts of sale for component parts of ships’ engines. That such rules might vary from province to province would not hinder navigation and shipping. Accordingly, the dispute was governed by the *C.C.Q.*, and Wärtsilä was liable for the full quantum of damages.

de TDI en dommages-intérêts pour les pertes de profits est le droit maritime canadien ou les dispositions du *C.c.Q.* relatives à la vente. Dans l’hypothèse où ces dernières s’appliquent, l’effet combiné des art. 1729 et 1733 du *C.c.Q.* empêcherait Wärtsilä, en sa qualité de « vendeur professionnel », de limiter sa responsabilité relative au vice caché, ce qui ferait en sorte qu’elle serait responsable pour le plein montant des dommages-intérêts. À l’inverse, si le droit maritime canadien devait s’appliquer, Wärtsilä croit qu’elle serait justifiée d’invoquer la clause contractuelle de limitation de responsabilité. TDI affirme toutefois que l’application du droit maritime canadien n’empêcherait pas nécessairement l’application accessoire du droit québécois à sa demande.

B. *Décisions des juridictions inférieures*

(1) Cour supérieure du Québec — 2015 QCCS 5514

[115] Pour décider si la demande relève du droit maritime canadien ou du *C.c.Q.*, la juge de première instance s’est demandé si [TRADUCTION] « l’activité en cause [était] intégralement liée aux affaires maritimes au point où il [était] nécessaire en pratique que le Parlement ait compétence en la matière pour dûment exercer sa compétence législative sur la navigation et les bâtiments ou navires » (par. 24 (soulignement omis)). À son avis, bien que le litige relatif à la vente du vilebrequin et de l’assise du moteur se rattachait à des activités maritimes, il n’était pas intégralement lié à ces activités. Il ne portait pas, par exemple, sur les bâtiments ou navires, la navigabilité, la navigation, le droit de l’amirauté ou les conventions maritimes internationales. Elle n’a pas jugé non plus qu’il était nécessaire en pratique que des lois fédérales uniformes dictent les règles applicables aux contrats concernant la vente de pièces de moteur de navires. La possibilité que ces règles varient d’une province à l’autre ne constituait pas une entrave aux activités liées à la navigation et aux bâtiments ou navires. En conséquence, le litige était régi par le *C.c.Q.*, et Wärtsilä était responsable du plein montant des dommages-intérêts.

(2) Quebec Court of Appeal — 2017 QCCA 1471

(a) *Majority (Mainville and Healy J.J.A.)*

[116] The majority of the Court of Appeal allowed the appeal in part, finding that TDI’s claim was governed by Canadian maritime law, as defined by ss. 2 and 22 of the *FCA*, that Canadian maritime law therefore governed the dispute, and that Wärtsilä was entitled to rely on the limitation of liability. The majority relied on ss. 22(2)(m) and (n) of the *FCA*, which provide that any claim in respect of “goods, materials or services wherever supplied to a ship for [its] operation or maintenance”, or “arising out of a contract relating to the construction, repair or equipping of a ship”, comes within the Federal Court’s concurrent jurisdiction over Canadian maritime law. In the majority’s view, these provisions captured any claim arising from the contract between TDI and Wärtsilä and, absent a constitutional challenge, were dispositive.

[117] The majority found that the trial judge had erred by failing to refer to these provisions, or to the *FCA* at all, and by instead analyzing the applicability of Canadian maritime law in a “statutory vacuum” (para. 91 (CanLII)). The majority stressed that the repair and supply of engine parts to a ship are obviously intrinsically related to its seaworthiness, and therefore directly and integrally connected to navigation and shipping. Repairs to a ship are essential to allow the ship to operate on water (navigation) and to move goods from port to port to deliver cargo (shipping). It was therefore “not capriciou[s]” (para. 96) for Canadian maritime law to apply, given the mobility of ships, the difficulty of ascertaining their owners, the need for suppliers of services and parts to know what payment guarantees are available, and the need of ship operators to secure urgent repairs. Canadian maritime law must apply uniformly across Canada, irrespective of which court exercises jurisdiction in a particular case (para. 105).

(2) Cour d’appel du Québec — 2017 QCCA 1471

a) *Juges majoritaires (les juges Mainville et Healy)*

[116] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont accueilli l’appel en partie, concluant que la demande de TDI était régie par le droit maritime canadien, au sens des art. 2 et 22 de la *LCF*, que le droit maritime canadien régissait donc le litige, et que Wärtsilä était justifiée d’invoquer la limitation de responsabilité. Les juges majoritaires se sont appuyés sur les al. 22(2)m) et n) de la *LCF*, selon lesquels une demande « relative à des marchandises, matériels ou services fournis à un navire pour son fonctionnement ou son entretien » ou « fondée sur un contrat de construction, de réparation ou d’équipement d’un navire » relève de la compétence concurrente de la Cour fédérale en matière de droit maritime canadien. De l’avis des juges majoritaires, ces dispositions comprenaient toute demande découlant du contrat conclu entre TDI et Wärtsilä et, en l’absence de contestation constitutionnelle, elles étaient déterminantes sur l’issue du litige.

[117] Les juges majoritaires ont conclu que la juge de première instance avait commis une erreur en ne renvoyant pas à ces dispositions, ni même à la *LCF*, et en analysant plutôt l’applicabilité du droit maritime canadien [TRADUCTION] « dans un vide législatif » (par. 91 (CanLII)). Ils ont souligné que la réparation et la fourniture de pièces de moteur d’un navire sont à l’évidence intrinsèquement liées à sa navigabilité, et sont donc directement et intégralement liées à la navigation et aux bâtiments ou navires. Les réparations d’un navire sont essentielles à son fonctionnement sur l’eau (navigation) et au déplacement des marchandises d’un port à l’autre pour livrer les cargaisons (bâtiments ou navires (*shipping*)). L’application du droit maritime canadien n’était donc [TRADUCTION] « pas arbitraire » (par. 96), compte tenu de la mobilité des navires, de la difficulté de déterminer qui en sont les propriétaires, de la nécessité pour les fournisseurs de services et de pièces de savoir de quelles garanties de paiement ils disposent, et de la nécessité pour les exploitants des navires d’obtenir des réparations urgentes. Le droit maritime canadien doit être appliqué uniformément partout au Canada, quel que soit le tribunal compétent dans une affaire donnée (par. 105).

[118] Accordingly, in the majority’s view, Canadian maritime law governed the dispute. As part of Canadian maritime law, Wärtsilä was entitled to rely on the contractual limitation of liability, the latent defect notwithstanding. Its liability was therefore restricted to €50,000, converted into Canadian currency.

(b) *Dissent (Vézina J.A.)*

[119] Justice Vézina substantially adopted the analysis of the trial judge on the question of whether Canadian maritime law or the *C.C.Q.* governed the dispute. In characterizing the contract between TDI and Wärtsilä, he identified the common intention of the parties as being for [TRANSLATION] “the buyer to pay . . . for a functional crankshaft and for the seller to assemble such a crankshaft and deliver it to the buyer” (para. 52 (CanLII)). Further, in his view, *9171-7702 Quebec Inc. v. Canada*, 2013 FC 832, 438 F.T.R. 11, in which the Federal Court had concluded that the contract for the sale of a ship was governed not by Canadian maritime law, but by Quebec civil law, applied. The *C.C.Q.* applied, and Wärtsilä could therefore not rely on the contractual limitation of liability, which meant that TDI was entitled to the full quantum of damages.

III. Analysis

A. *The Division of Powers in Canada*

[120] The dispute reduces to this. Wärtsilä says that TDI’s claim relates to the failure of a piece of marine equipment due to latent defects and is governed by “the body of uniform federal law that is compendiously referred to as Canadian maritime law” (*Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273, at p. 1289). As a result, the matter falls within Parliament’s legislative jurisdiction over navigation and shipping (s. 91(10)). Conversely, TDI says its claim engages a seller’s warranty obligations against latent defects, a matter which, on the facts of this appeal, is governed by the sale provisions of the *C.C.Q.* and comes within provincial legislative jurisdiction over property and civil rights (s. 92(13)).

[118] En conséquence, de l’avis des juges majoritaires, le litige était régi par le droit maritime canadien. Conformément à celui-ci, Wärtsilä était justifiée d’invoquer la clause contractuelle de limitation de responsabilité, en dépit du vice caché. Sa responsabilité était donc limitée à 50 000 €, convertis en dollars canadiens.

b) *Dissidence (le juge Vézina)*

[119] Le juge Vézina a essentiellement adopté l’analyse de la juge de première instance sur la question de savoir si le litige était régi par le droit maritime canadien ou par le *C.c.Q.* Pour qualifier le contrat conclu entre TDI et Wärtsilä, il a estimé que l’intention commune des parties était pour « l’acheteur de payer [. . .] pour un vilebrequin fonctionnel et pour le vendeur de lui assembler et livrer un tel vilebrequin » (par. 52 (CanLII)). En outre, à son avis, le jugement *9171-7702 Québec inc. c. Canada*, 2013 CF 832, où la Cour fédérale a conclu que le contrat de vente d’un navire était régi par le droit civil québécois, et non par le droit maritime canadien, s’appliquait. Le *C.c.Q.* s’appliquait, et Wärtsilä n’était donc pas justifiée d’invoquer la clause contractuelle de limitation de responsabilité, de sorte que TDI avait droit au plein montant des dommages-intérêts.

III. Analyse

A. *Le partage des compétences au Canada*

[120] Le litige peut être résumé de la façon suivante. Selon Wärtsilä, la demande de TDI concerne la défaillance d’une pièce d’équipement de bateau attribuable à des vices cachés et est régie par « un ensemble de règles de droit fédérales uniformes qui, collectivement, est appelé le droit maritime canadien » (*Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, p. 1289). En conséquence, la matière en cause relève de la compétence législative du Parlement sur la navigation et les bâtiments ou navires (par. 91(10)). En revanche, TDI affirme que sa demande fait intervenir les obligations de garantie du vendeur contre les vices cachés, une matière qui, compte tenu des faits du présent pourvoi, est régie par les dispositions du *C.c.Q.* relatives à la vente et relève de la compétence législative des provinces sur la propriété et les droits civils (par. 92(13)).

[121] Such division of powers disputes under the *Constitution Act, 1867*, are, of course, nothing new. And each dispute calls upon courts “to control the limits of the respective sovereignties” (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 56, quoting *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733, at p. 741). The test by which Canadian courts must always do so — that is, the test by which a law or claim is determined to come within a particular federal or provincial head of legislative power — is the pith and substance test (*Whitbread*, at p. 1286; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 26; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at p. 450; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, at para. 16; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146, at para. 52).

[122] Applying the pith and substance test has typically begun by characterizing an impugned *law or provision* in order to assign it to a head of power (*Kitkatla Band*, at para. 52). This is because, in most cases in which courts have been called upon to apply the pith and substance test, they have been presented with a *law* enacted either by Parliament or a provincial legislature, and the parties’ dispute is over whether that law was *intra vires* or *ultra vires* its enacting body. In *Whitbread*, for example, this Court had to determine whether certain provisions of the *Canada Shipping Act*, R.S.C. 1970, c. S-9, were in pith and substance matters of navigation and shipping, or of property and civil rights.

[123] In this case, however, there is no *law* placed before us to assign to either of those heads of power. We are instead presented with a *claim* — that is, TDI’s claim for damages and loss of profit arising from its purchase from Wärtsilä of a reconditioned crankshaft containing a latent defect. Conducting a

[121] Les litiges concernant le partage des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867* n’ont certes rien de nouveau. Et dans chaque litige, les tribunaux sont appelés à « contrôler[r] les bornes de la souveraineté propre des deux gouvernements » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 56, citant l’arrêt *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733, p. 741). Le critère que doivent toujours appliquer les tribunaux canadiens pour ce faire — soit le critère qui permet d’établir si une loi ou une demande relève d’un chef précis de compétence législative fédérale ou provinciale — est celui du caractère véritable (*Whitbread*, p. 1286; *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 26; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 450; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783, par. 16; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 52).

[122] L’application du critère du caractère véritable commence normalement par la qualification de la *loi ou de la disposition* contestée afin qu’elle soit rattachée à un chef de compétence (*Bande Kitkatla*, par. 52). Il en est ainsi parce que, dans la plupart des affaires où ils ont dû appliquer le critère du caractère véritable, les tribunaux étaient appelés à examiner une *loi* édictée par le Parlement ou une législature provinciale, et le litige opposant les parties portait sur la question de savoir si cette loi relevait ou non de la compétence de l’organisme qui l’a adoptée. Dans l’arrêt *Whitbread*, par exemple, la Cour devait décider si certaines dispositions de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1970, c. S-9, touchaient, en raison de leur caractère véritable, à la navigation et aux bâtiments ou navires ou à la propriété et aux droits civils.

[123] Or en l’espèce, nous ne sommes pas appelés à rattacher une *loi* à l’un ou l’autre de ces chefs de compétence. Nous sommes plutôt invités à nous prononcer sur une *demande* — c.-à-d., la demande de TDI en dommages-intérêts pour la perte de profits découlant de l’achat auprès de Wärtsilä d’un

division of powers analysis therefore requires us to identify the subject matter engaged by the claim, which must, nonetheless, be assigned to one of the Constitution's heads of power.

[124] We see no controversy in this. The pith and substance test allows courts to identify the *matter* at issue, in order to determine the head of power to which the matter should be allocated (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 1 at p. 15-7). Whether the matter is raised by a law or a claim does not change which order of government has the constitutional authority to legislate with respect to the matter. And, in many cases, identifying the matter at issue will resolve the allocation of the matter to a head of power with little difficulty. As stated by Peter Hogg, “the identification of the ‘matter’ of a statute will often effectively settle the question of its validity, leaving the allocation of the matter to a class of subject little more than a formality” (p. 15-8). The same can be said when a matter is raised by a claim.

[125] Examining a claim, rather than a statute, to determine the matter at issue is frequently required in cases in which it is alleged by one party (as it is alleged here) that a matter falls within Parliament's authority over navigation and shipping. As in this appeal, much of the law relied upon by litigants and courts in navigation and shipping cases is non-statutory (C. J. Giaschi, *The Application of Provincial Statutes to Maritime Matters Revisited*, April 7, 2017 (online), at p. 22), drawing from “the inherited non-statutory principles embodied in Canadian maritime law as developed by Canadian courts” (*Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 71).

[126] The most prominent example of this Court examining a claim to determine the subject matter at issue is *ITO*. The claim in *ITO* involved the “negligence of a stevedore-terminal operator in the short-term storing of goods” (pp. 774-75). Justice

vilebrequin remis à neuf comportant un vice caché. L'analyse du partage des compétences nous oblige donc à cerner la matière de la demande, qu'il faut néanmoins rattacher à l'un des chefs de compétence énoncés dans la Constitution.

[124] Nous ne voyons aucune controverse à cet égard. Le critère du caractère véritable permet aux tribunaux de dégager la *matière* en cause afin de déterminer le chef de compétence auquel elle doit être rattachée (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), vol. 1, p. 15-7). Que la matière soit soulevée par une loi ou par une demande ne change pas l'ordre de gouvernement qui a le pouvoir constitutionnel de légiférer à l'égard de cette matière. Et, dans bien des cas, le fait de dégager la matière en cause permettra de la rattacher sans difficulté à un chef de compétence. Comme l'explique Peter Hogg, [TRADUCTION] « la détermination de la “matière” d'une loi permet souvent de régler efficacement la question de sa validité, ramenant à une simple formalité le rattachement de la matière à une catégorie de sujets » (p. 15-8). Il en va de même lorsqu'une matière est soulevée dans le cadre d'une demande.

[125] Il est souvent nécessaire d'examiner la demande, plutôt qu'une loi, pour déterminer la matière en cause dans les cas où une partie allègue (comme c'est le cas en l'espèce) que la matière relève de la compétence du Parlement sur la navigation et les bâtiments ou navires. Comme dans le présent pourvoi, une bonne partie du droit sur lequel se fondent les parties et les tribunaux dans les affaires portant sur la navigation et les bâtiments ou navires n'est pas de nature législative (C. J. Giaschi, *The Application of Provincial Statutes to Maritime Matters Revisited*, 7 avril 2017 (en ligne), p. 22), conformément aux « principes non législatifs qui ont été incorporés au droit maritime canadien et formulés par les tribunaux canadiens » (*Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 71).

[126] L'exemple le plus important de l'examen mené par notre Cour à l'égard d'une demande pour déterminer la matière en cause est l'affaire *ITO*. Dans cette affaire, la demande portait sur « la négligence dont aurait fait preuve un manutentionnaire acconier

McIntyre held that the matter raised by the claim was maritime in nature and therefore came within s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867* (pp. 775 and 777). As stated at p. 775:

It may then be concluded that cargo-handling and incidental storage before delivery and before the goods pass from the custody of a terminal operator within the port area is sufficiently linked to the contract of carriage by sea to constitute a maritime matter within the ambit of Canadian maritime law, as defined in s. 2 of the *Federal Court Act*. [Emphasis added.]

Similarly, in *Monk Corp v. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 S.C.R. 779, the plaintiff Monk claimed for “excess product delivered, for demurrage at the port of Saint John, and for the cost of renting cranes used to unload the urea” (p. 787). A majority of the Court concluded that such claims raised “matters that are clearly maritime in nature” (p. 796). As a result, Monk’s claims were “not in any way an encroachment of what is in ‘pith and substance’ a matter falling within s. 92 of the *Constitution Act, 1867*” (p. 800).

[127] Our colleagues disagree with our approach. They suggest that “[t]he ultimate issue is not about jurisdiction over a *claim*, but about which level of government has legislative authority over the *substantive body of law* at issue” (para. 32 (emphasis in original)). Yet our colleagues also insist that characterization requires “looking at the substantive law at issue and to the particular fact situation” in order to analyze the *dispute* between the parties (paras. 33 and 52). They go on to state that analyzing a dispute in contract will focus on the nature of the agreement, including “the terms, the purpose of the contract, and the circumstances in which it was formed” (para. 34). In our view, characterizing a *dispute* (i.e., the law as applied to the facts) is indistinguishable from characterizing a claim, which entails the same inquiry. Indeed, our colleagues analyze TDI’s claim at para. 36 of their reasons, stating that the “matter at issue” is “the sale of marine engine parts intended

dans l’entreposage à court terme de marchandises » (p. 774-775). Le juge McIntyre a conclu que la question soulevée par la demande était de nature maritime et relevait donc du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (p. 775 et 777). Ainsi qu’il l’a précisé à la p. 775 :

On peut donc conclure que la manutention et l’entreposage accessoire, avant la livraison et pendant que la marchandise reste sous la garde d’un acconier dans la zone portuaire, sont suffisamment liés au contrat de transport maritime pour constituer une affaire maritime qui relève du droit maritime canadien, au sens de l’art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. [Nous soulignons.]

De même, dans l’affaire *Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779, la demanderesse Monk avait intenté une action pour « livraison excédentaire d’urée, pour surestaries au port de Saint John, et pour la location des grues de quai ayant servi au déchargement de l’urée » (p. 787). La Cour a conclu à la majorité que ces demandes visaient « des matières qui sont clairement de nature maritime » (p. 796). En conséquence, les demandes de Monk « n’empi[étaient] d’aucune façon sur ce qui constitue, “de par son caractère véritable”, une matière qui relève de l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* » (p. 800).

[127] Nos collègues ne souscrivent pas à notre approche. Ils suggèrent que « [I]a question fondamentale ne porte [...] pas sur la compétence à l’égard d’une *demande*, mais plutôt sur l’ordre de gouvernement qui a la compétence législative à l’égard de l’*ensemble de règles de droit substantiel* en cause » (para. 32 (en italique dans l’original)). Cependant, ils soulignent aussi que la qualification nécessite un « examen du droit substantiel en cause et de la situation factuelle donnée » en vue de l’analyse du *litige* entre les parties (para. 33 et 52). Ils ajoutent que l’analyse d’un litige d’ordre contractuel sera axée sur la nature de l’entente, notamment sur les « modalités et [...] l’objet du contrat ainsi que [les] circonstances dans lesquelles il a été conclu » (para. 34). À notre avis, la qualification d’un *litige* (c.-à-d. le droit appliqué aux faits) est indissociable de la qualification de la demande, qui entraîne le même examen. De fait, nos collègues analysent la demande de TDI au

for use on a commercial vessel”. Respectfully, we see this analytical process as part and parcel of the characterization of a *claim*, albeit under the guise of characterizing the *substantive law*.

[128] There is, of course, no magic in the phrase “pith and substance”. Nor is it technical or formalistic (Hogg, at p. 15-12). The point of the exercise is to seek out the *matter* at issue, described as the “dominant or most important characteristic” of the law or claim, or (in other words) its “leading feature or true character” (*Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494, at para. 22; see also Hogg, at p. 15-7).

[129] Having identified the relevant matter, a court must determine which level of government has legislative authority in relation thereto (*Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453, at para. 24). Depending on these determinations, however — the matter and which level of government holds legislative authority — the analysis as to the applicable law may not end there. Recourse to constitutional doctrines such as paramountcy and (subject to what we say below) interjurisdictional immunity may be necessary (*Canadian Western Bank*, at para. 32). As we also discuss below, despite whatever doubts may have persisted after *Ordon Estate*, it is now clear, in light of *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53, that these constitutional doctrines apply to matters said to come within Parliament’s power over navigation and shipping, as they would apply to any matter said to come within any other head of power.

[130] In our respectful view, each of the courts below misapplied the pith and substance test, albeit in different ways. The majority of the Court of Appeal erred by relying on the grant of jurisdiction to the Federal Court in s. 22 of the *FCA* to decide

par. 36 de leurs motifs, où ils énoncent que la « matière en cause » est « la vente de pièces de moteur de navire destinées à un bâtiment commercial ». Soit dit en tout respect, nous estimons que ce processus analytique fait partie intégrante de la qualification d’une *demande*, bien que cela se fasse sous le couvert de la qualification du *droit substantiel*.

[128] Certes, l’expression « caractère véritable » n’est pas une formule magique. Elle n’est pas non plus technique ou formaliste (Hogg, p. 15-12). L’exercice consiste à rechercher la *matière* en cause, que l’on définit comme « la caractéristique dominante ou la plus importante » de la loi ou de la demande, ou (autrement dit) son « idée maîtresse » (*Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494, par. 22; voir également Hogg, p. 15-7).

[129] Après avoir établi la matière en cause, le tribunal doit déterminer l’ordre de gouvernement qui a compétence pour légiférer à l’égard de celle-ci (*Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453, par. 24). Toutefois, selon ces décisions — sur la matière en cause et sur l’ordre de gouvernement qui a compétence — il est possible que l’analyse du droit applicable ne soit pas pour autant terminée. Le recours aux doctrines constitutionnelles, comme celle de la prépondérance et (sous réserve des remarques que nous ferons plus loin) celle de l’exclusivité des compétences, pourrait être nécessaire (*Banque canadienne de l’Ouest*, par. 32). Nous verrons également plus loin que malgré les doutes qui pourraient subsister après l’arrêt *Succession Ordon*, il est maintenant clair, à la lumière de l’arrêt *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53, que ces doctrines constitutionnelles s’appliquent aux matières qui relevaient de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires, comme elles s’appliquent à toute matière qui relèverait d’un autre chef de compétence.

[130] À notre humble avis, chacun des tribunaux de juridiction inférieure a mal appliqué le critère du caractère véritable, quoique de différentes façons. Les juges majoritaires de la Cour d’appel se sont appuyés à tort sur l’attribution de compétence à la Cour

claims under Canadian maritime law as defining the scope of Parliament's authority under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*. And, the trial judge erred by resorting to an "integral connection test" to determine whether this claim comes within s. 91(10).

[131] As we will explain, s. 22 of the *FCA* is merely a statutory grant of jurisdiction by Parliament to the Federal Court. It does not, and cannot, define the scope of Parliament's legislative authority over navigation and shipping. Further, the pith and substance test, and not that of "integral connection", must be used to determine whether a matter comes within navigation and shipping or property and civil rights. That is, the pith and substance test applies to determining whether a matter comes within navigation and shipping within the meaning of s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, just as it applies to determining whether a matter comes within any other head of power.

[132] In light of these errors, and before determining the pith and substance of the matter raised by TDI's claim and the possible application of other constitutional doctrines, we will first elaborate on the division of powers analysis in matters that arise in a maritime context. Having done so, we will also remark upon the concern for uniformity, which was invoked by the Court of Appeal (paras. 105-6), and which is recognized as a driving consideration in defining the scope of Parliament's legislative authority over navigation and shipping. Specifically, we will explain why concern for uniformity cannot be, on its own, determinative of whether a matter, in pith and substance, comes within navigation and shipping.

B. *The Jurisdiction of the Federal Court*

[133] The term "Canadian maritime law" is often used interchangeably with, or to refer to, the federal

fédérale prévue à l'art. 22 de la *LCF* pour statuer sur les demandes présentées en vertu du droit maritime canadien comme moyen de définir l'étendue du pouvoir du Parlement en vertu du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La juge de première instance, quant à elle, a eu tort d'avoir recours au « critère du lien intégral » pour établir si la demande relevait du par. 91(10).

[131] Comme nous l'expliquerons, l'art. 22 de la *LCF* est simplement une attribution de compétence que le Parlement accorde à la Cour fédérale. Il ne définit pas, et ne peut définir, l'étendue de la compétence législative du Parlement sur la navigation et les bâtiments ou navires. Par ailleurs, c'est le critère du caractère véritable, et non celui du « lien intégral », qui doit servir à établir si une matière relève de la navigation et des bâtiments ou navires ou de la propriété et des droits civils. En d'autres termes, le critère du caractère véritable s'applique pour établir si une matière relève de la compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires prévue au par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, tout comme il s'applique pour établir si une matière relève de tout autre chef de compétence.

[132] À la lumière de ces erreurs, et avant d'établir le caractère véritable de la matière en cause dans la demande de TDI et l'application possible des autres doctrines constitutionnelles, nous expliquerons d'abord l'analyse du partage des compétences dans des affaires qui surviennent dans un contexte maritime. Ensuite, nous ferons également des remarques au sujet du souci d'uniformité soulevé par la Cour d'appel (par. 105-106), lequel est aussi reconnu comme étant une considération déterminante dans la définition de l'étendue de la compétence législative du Parlement sur la navigation et les bâtiments ou navires. Plus précisément, nous exposerons les raisons pour lesquelles le souci d'uniformité n'est pas, en soi, déterminant pour établir si une matière, de par son caractère véritable, relève de la navigation et des bâtiments ou navires.

B. *La compétence de la Cour fédérale*

[133] L'expression « droit maritime canadien » est souvent utilisée pour désigner le chef de compétence

head of power over navigation and shipping. But it is important to ensure that the “Canadian maritime law” tail does not wag the “navigation and shipping” dog. While Canadian maritime law is a body of federal law which governs matters falling within s. 91(10), it is the head of power itself — that is, navigation and shipping — which defines the boundaries of federal jurisdiction. Alternatively put, “Canadian maritime law” as described in ss. 2 and 22 of the *FCA* does not state the scope of s. 91(10). Instead, the scope of s. 91(10) sets the boundaries of Canadian maritime law.

[134] This point merits elaboration. Section 2 of the *FCA* defines Canadian maritime law as:

... the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act*, chapter A-1 of the Revised Statutes of Canada, 1970, or any other statute, or that would have been so administered if that Court had had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by this Act or any other Act of Parliament. . . .

[135] This provision is the latest iteration in a long history of Parliamentary enactments purporting to define the scope of Canadian maritime law, which history we need not review here (see *ITO*, at pp. 769-71). For our purposes, it is sufficient to note that as a result of *The Admiralty Act*, S.C. 1934, c. 31, the term “Canadian maritime law” was interpreted as denoting both the historical jurisdiction over “all that body of law which was administered in England by the High Court on its Admiralty side in 1934”, and an unlimited jurisdiction over maritime and admiralty matters (*ITO*, at p. 771).

[136] This suggests that ss. 2 and 22 of the *FCA* do not represent an exhaustive — or even constitutionally accurate — definition of the scope of s. 91(10), meaning that the constitutional bounds of Canadian maritime law are not necessarily confined to the matters set out therein. In *ITO*, this Court stated

fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires, et ces deux expressions sont aussi souvent employées de façon interchangeable. Or il est important de s’assurer que le « droit maritime canadien » ne prime pas la « navigation et les bâtiments ou navires ». Bien que le droit maritime canadien soit un ensemble de règles de droit fédérales qui s’appliquent aux matières relevant du par. 91(10), c’est le chef de compétence lui-même — c.-à-d., la navigation et les bâtiments ou navires — qui délimite la compétence fédérale. Autrement dit, le « droit maritime canadien » décrit aux art. 2 et 22 de la *LCF* n’énonce pas la portée du par. 91(10). C’est plutôt la portée du par. 91(10) qui fixe les limites du droit maritime canadien.

[134] Ce point exige davantage de précisions. L’article 2 de la *LCF* définit comme suit le droit maritime canadien :

Droit — compte tenu des modifications y apportées par la présente loi ou par toute autre loi fédérale — dont l’application relevait de la Cour de l’Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l’Amirauté, aux termes de la *Loi sur l’Amirauté*, chapitre A-1 des Statuts révisés du Canada de 1970, ou de toute autre loi, ou qui en aurait relevé si ce tribunal avait eu, en cette qualité, compétence illimitée en matière maritime et d’amirauté. . . .

[135] Cette disposition constitue la plus récente version d’une longue série de lois édictées par le Parlement visant à définir la portée du droit maritime canadien; il n’est pas nécessaire ici de retracer cet historique (voir *ITO*, p. 769-771). Pour les fins de notre opinion, il suffit de souligner qu’en raison de la *Loi d’Amirauté*, L.C. 1934, c. 31, l’expression « droit maritime canadien » a été interprétée comme désignant à la fois la compétence historique sur « tout cet ensemble de règles de droit, appliquées en 1934 en Angleterre par la Haute Cour, en sa juridiction d’amirauté » et une compétence illimitée en matière maritime et d’amirauté (*ITO*, p. 771).

[136] Ces éléments tendent à indiquer que les art. 2 et 22 de la *LCF* ne donnent pas une définition exhaustive — ni même exacte sur le plan constitutionnel — de la portée du par. 91(10), ce qui signifie que les limites constitutionnelles du droit maritime canadien ne se limitent pas nécessairement aux matières qui y

that Canadian maritime law is “a body of federal law dealing with all claims in respect of maritime and admiralty matters”, “limited only by the constitutional division of powers in the *Constitution Act, 1867*” (*ITO*, at p. 774 (emphasis added)). Turning to s. 22(1) of the *FCA*, it states that the Federal Court has concurrent original jurisdiction “in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under or by virtue of Canadian maritime law or any other law of Canada relating to any matter coming within the class of subject of navigation and shipping”. Various categories of claims are then particularized by s. 22(2) as coming within this jurisdiction over “Canadian maritime law”. Wärtsilä points to two categories of claims in particular, set out in s. 22(2)(m) and (n):

(m) any claim in respect of goods, materials or services wherever supplied to a ship for the operation or maintenance of the ship . . .

(n) any claim arising out of a contract relating to the construction, repair or equipping of a ship.

[137] The majority at the Court of Appeal agreed that TDI’s claim fell squarely within these subsections, and concluded that this was dispositive of the division of powers question: because TDI’s claims came within s. 22(2)(m) and (n) of the *FCA*, they also came within Parliament’s legislative authority over navigation and shipping. Here, in our respectful view, the majority erred. Whatever jurisdiction Parliament has chosen to confer by statute upon the Federal Court ought not in any sense to be treated as an authoritative delineation of the scope of a head of power contained in the Constitution of Canada. Or, put in the terms of this appeal, while s. 22 of the *FCA* may represent Parliament’s considered view of what constitutes “Canadian maritime law”, it cannot be taken as stating the content of Parliament’s legislative authority over navigation and shipping under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867* (see D. G. Henley, *Canadian Maritime Law — A Work In Progress*, May 24, 2014 (online), at p. 5).

sont énoncées. Dans l’arrêt *ITO*, la Cour a affirmé que le droit maritime canadien est un « ensemble de règles de droit fédérales portant sur toute demande en matière maritime et d’amirauté », qui « n’est limit[é] que par le partage constitutionnel des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867* » (*ITO*, p. 774 (nous soulignons)). En ce qui concerne le par. 22(1) de la *LCF*, il indique que la Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, « dans les cas [. . .] où une demande de réparation ou un recours est présenté en vertu du droit maritime canadien ou d’une loi fédérale concernant la navigation ou la marine marchande ». Le paragraphe 22(2) précise différentes catégories de demandes qui relèvent de la compétence sur le « droit maritime canadien ». Wärtsilä renvoie plus particulièrement à deux catégories prévues aux al. 22(2)(m) et n) :

m) une demande relative à des marchandises, matériels ou services fournis à un navire pour son fonctionnement ou son entretien . . .

n) une demande fondée sur un contrat de construction, de réparation ou d’équipement d’un navire.

[137] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont convenu que la demande de TDI était nettement visée par ces alinéas, et ont conclu que cela était déterminant sur la question du partage des compétences : les demandes de TDI étant visées par les al. 22(2)(m) et n) de la *LCF*, elles relevaient également de la compétence législative du Parlement sur la navigation et les bâtiments ou navires. À notre humble avis, les juges majoritaires ont commis une erreur sur ce point. La compétence que le Parlement a choisi de conférer par voie législative à la Cour fédérale ne doit absolument pas être traitée comme une limite péremptoire à la portée d’un chef de compétence prévu dans la Constitution du Canada; ou, pour l’exposer d’une manière adaptée au contexte du présent pourvoi, bien que l’art. 22 de la *LCF* représente l’opinion réfléchie du législateur sur ce qui constitue le « droit maritime canadien », on ne peut affirmer qu’il énonce la teneur de la compétence législative du Parlement sur la navigation et les bâtiments ou navires prévue au par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (voir D. G. Henley, *Canadian Maritime Law — A Work In Progress*, 24 mai 2014 (en ligne), p. 5).

[138] In concluding that Canadian maritime law governed TDI's claim, the majority of the Court of Appeal relied on TDI not having brought a constitutional challenge so as to have ss. 22(2)(m) and (n) of the *FCA* declared *ultra vires* Parliament (para. 90). In our view, no such challenge was necessary. Assuming that TDI's claim falls within these subsections, s. 22(2) is merely a grant of jurisdiction to the Federal Court. As a matter of constitutional interpretation, it does not define Canadian maritime law or create operative law. The division of powers inquiry does not end simply because a claim can be shown to fall within s. 22(2) (*ITO*, at p. 772). It is well established that a mere grant of jurisdiction to the Federal Court is ineffective without an existing body of federal law to nourish the statutory grant of jurisdiction (*ITO*, at pp. 766 and 772; *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, at pp. 1065-66; *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654, at p. 658). To the extent that this Court has previously described s. 22(2) as somehow representing a "clarification of the ambit of Canadian maritime law" (*Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 683, at p. 698), we expressly disclaim such an analysis.

[139] We acknowledge that the majority of the Court of Appeal did not originate the practice of transforming a division of powers analysis, where a matter is said to fall within navigation and shipping, into an exercise of simply applying ss. 22(1) and (2) of the *FCA*. Indeed, the practice appears longstanding: *Skaarup Shipping Corp. v. Hawker Industries Ltd.*, [1980] 2 F.C. 746 (C.A.), at pp. 750-53. But this practice departs from this Court's direction in *ITO*, stated above, that "the ambit of Canadian maritime law is limited only by the constitutional division of powers in the *Constitution Act, 1867*" (p. 774).

[140] We therefore maintain that Parliament may not, by enactment, define the scope of its legislative

[138] Lorsqu'ils ont conclu que la demande de TDI était régie par le droit maritime canadien, les juges majoritaires de la Cour d'appel se sont appuyés sur le fait que TDI n'avait pas contesté la constitutionnalité des al. 22(2)m) et n) de la *LCF* pour les faire déclarer *ultra vires* de la compétence du Parlement (par. 90). À notre avis, une telle contestation n'était pas nécessaire. À supposer que la demande de TDI relève de ces alinéas, le par. 22(2) ne fait qu'attribuer une compétence à la Cour fédérale. Du point de vue de l'interprétation constitutionnelle, il ne définit pas le droit maritime canadien et ne crée pas de règle de droit applicable. L'analyse du partage des compétences ne prend pas fin simplement parce qu'il peut être démontré qu'une demande relève du par. 22(2) (*ITO*, p. 772). Il est de jurisprudence constante qu'une simple attribution de compétence à la Cour fédérale est inefficace s'il n'existe pas un ensemble de règles de droit fédérales qui constitue le fondement de l'attribution législative de compétence (*ITO*, p. 766 et 772; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, p. 1065-1066; *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654, p. 658). Dans la mesure où la Cour a déjà qualifié le par. 22(2) d'« élucidation de la portée du droit maritime canadien » (*Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683, p. 698), nous rejetons expressément une telle analyse.

[139] Nous reconnaissons que les juges majoritaires de la Cour d'appel ne sont pas à l'origine de la pratique qui consiste à transformer l'analyse du partage des compétences, dans le cas d'une matière qui relèverait de la navigation et des bâtiments ou navires, en un simple exercice d'application des par. 22(1) et (2) de la *LCF*. En fait, cette pratique semble établie depuis longtemps (*Skaarup Shipping Corp. c. Hawker Industries Ltd.*, [1980] 2 C.F. 746 (C.A.), p. 750-753). Elle déroge toutefois à la directive que la Cour a formulée dans l'arrêt *ITO*, mentionnée ci-dessus, selon laquelle « l'étendue du droit maritime canadien n'est limitée que par le partage constitutionnel des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867* » (p. 774).

[140] En conséquence, nous sommes d'avis que le Parlement ne peut, au moyen d'une loi, définir

authority so as to displace the operation of the pith and substance test as the means by which a matter is determined to come within or fall outside that legislative authority. Parliament's statutory grant of jurisdiction to the Federal Court to hear certain claims described as coming within Canadian maritime law is of no legal significance without constitutional authority therefor. It follows that we disagree with the Court of Appeal that the trial judge erred in failing to apply "Parliament's clear and unequivocal legislative intent as to the scope of Canadian maritime law" (para. 92). What is important in this appeal, then, is *not* whether Parliament granted the Federal Court jurisdiction to adjudicate TDI's claim, but whether the matter raised by the claim is in pith and substance one of navigation and shipping. In this regard, we adopt the comments of de Montigny J. (as he then was) in *9171*, at para. 24:

It clearly cannot delineate federal power over navigation and shipping conferred by subsection 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, by referring to the *Federal Courts Act* definition of maritime law. Of course, neither of the two levels of government can, on their own initiative and unilaterally, arrogate to themselves the authority to interpret the constitutional text by legislating on the question.

[141] In rejecting the analysis adopted by the majority at the Court of Appeal, we do not intend to suggest that s. 22 of the *FCA* is not an important enactment. It confers upon the Federal Court the jurisdiction to hear claims which, by operation of s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, in law fall within Canadian maritime law. It is well established that the first requirement to support a finding that the Federal Court is properly seized of a matter is that there be "a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament" (see *ITO*, at p. 766; see also *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, at para. 28). Our point is simply that the fact of a legislative grant of

la portée de sa compétence législative de manière à écarter l'application du critère du caractère véritable, en tant que moyen d'établir si une matière relève ou non de cette compétence législative. La compétence que le Parlement attribue par voie législative à la Cour fédérale pour statuer sur certaines demandes décrites comme relevant du droit maritime canadien n'a aucune valeur juridique en l'absence d'un pouvoir constitutionnel à cet effet. Il s'ensuit que nous n'adhérons pas à l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle la juge de première instance a eu tort de ne pas appliquer [TRADUCTION] « l'intention manifeste et non équivoque du Parlement quant à la portée du droit maritime canadien » (par. 92). La question importante qui se pose dans le présent pourvoi n'est donc *pas* celle de savoir si le Parlement a conféré à la Cour fédérale la compétence pour statuer sur la demande de TDI, mais plutôt celle de savoir si la matière en cause dans la demande relève, en raison de son caractère véritable, de la navigation et des bâtiments ou navires. À cet égard, nous faisons nôtres les remarques du juge de Montigny (maintenant juge à la Cour d'appel fédérale) dans le jugement *9171*, par. 24 (CanLII) :

On ne saurait évidemment délimiter la compétence fédérale sur la navigation et les expéditions par eau conférée par le paragraphe 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en référant à la définition que donne la *Loi sur les Cours fédérales* du droit maritime. Il va de soi que ni l'un ni l'autre des deux ordres de gouvernement ne peut de son propre chef et unilatéralement s'arroger le pouvoir d'interpréter le texte constitutionnel en légiférant sur la question.

[141] Notre rejet de l'analyse adoptée par les juges majoritaires de la Cour d'appel ne suggère pas pour autant que nous croyons que l'art. 22 de la *LCF* n'est pas une disposition importante. Celle-ci confère à la Cour fédérale compétence pour connaître des demandes qui relèvent en droit, par l'effet du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, du droit maritime canadien. Il est de jurisprudence constante que la première condition à satisfaire pour conclure que la Cour fédérale est régulièrement saisie d'une affaire est l'existence d'une « attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral » (voir *ITO*, p. 766; voir également *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626,

jurisdiction to the Federal Court is legally insignificant to a division of powers analysis.

C. *The “Integral Connection” Test*

[142] As we have already recounted, the trial judge, in asking whether Canadian maritime law or the *C.C.Q.* applied to TDI’s claim, asked whether “the activity at stake is so integrally connected to maritime matters such that it is practically necessary for Parliament to have jurisdiction over same, in order to properly exercise its legislative power over navigation and shipping?” This was because, on her understanding, “the matter, in view of the factual context, must be integrally connected to maritime matters” in order for Canadian maritime law to apply (para. 25). Inasmuch as this question displaced the pith and substance test as the means for determining this division of powers question, this was in our respectful view an error.

[143] In posing this question, the trial judge relied on the reasons for judgment of this Court in *ITO*. There, after stressing that courts “must avoid encroachment on what is in ‘pith and substance’ a matter of local concern involving property and civil rights or any other matter which is in essence within exclusive provincial jurisdiction under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*”, the Court added that “[i]t is important, therefore, to establish that the subject-matter under consideration in any case is so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal legislative competence” (p. 774 (emphasis added)).

[144] We do not read this statement as suggesting that, where a matter is said to come within Parliament’s legislative authority over navigation and shipping, a different test — based on whether an integral connection to Canadian maritime law is shown — is

par. 28). Nous voulons simplement souligner que l’attribution législative de compétence à la Cour fédérale n’a aucune valeur juridique dans l’analyse du partage des compétences.

C. *Le critère du « lien intégral »*

[142] Comme nous l’avons déjà souligné, pour décider si la demande de TDI relevait du droit maritime canadien ou du *C.c.Q.*, la juge de première instance s’est demandé si [TRADUCTION] « l’activité en cause [était] intégralement liée aux affaires maritimes au point où il [était] nécessaire en pratique que le Parlement ait compétence en la matière pour dûment exercer sa compétence législative sur la navigation et les bâtiments ou navires ». Elle doit répondre à cette question parce que, selon son raisonnement, [TRADUCTION] « l’affaire doit, compte tenu du contexte factuel, être intégralement liée aux affaires maritimes » pour que s’applique le droit maritime canadien (par. 25). Dans la mesure où cette question écartait le critère du caractère véritable comme moyen de répondre à la question du partage des compétences en l’espèce, il s’agissait à notre humble avis d’une erreur.

[143] Lorsqu’elle s’est posé cette question, la juge de première instance s’est appuyée sur les motifs prononcés par la Cour dans l’arrêt *ITO*. Dans cet arrêt, après avoir souligné que les tribunaux « doi[vent] éviter d’empiéter sur ce qui constitue, de par son caractère véritable, une matière d’une nature locale mettant en cause la propriété et les droits civils ou toute autre question qui relève essentiellement de la compétence exclusive de la province en vertu de l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* », la Cour ajoutait qu’« [i] est donc important de démontrer que la question examinée dans chaque cas est entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale » (p. 774 (nous soulignons)).

[144] Selon notre interprétation, ces observations n’indiquent pas, dans le cas d’une matière qui relèverait de la compétence législative du Parlement sur la navigation et les bâtiments ou navires, qu’un critère différent — fondé sur la démonstration de l’existence

to be applied. Indeed, the earlier reference in *ITO* to matters that are *in pith and substance* of local concern involving property and civil rights suggests quite the contrary. One cannot apply the pith and substance test to determine whether a matter comes within provincial legislative authority, while applying a different test to determine whether it comes within federal legislative authority. Were, for example, an integral connection test to denote, as is implicit in Wärtsilä’s submissions that it ought to denote here, a deeper connection to Canadian maritime law than would be required by the pith and substance test, it would logically follow that some matters that would otherwise in pith and substance relate to property and civil rights would instead be pulled from that head of provincial legislative authority into the scope of Parliament’s legislative authority over navigation and shipping. But this would be absurd. The division of powers analysis is not a contest between this or that head of power, each of which having distinct gravitational pulls corresponding to distinct tests deciding each head of power’s subject-matter content. It is, rather, a single determination, made by applying a single test, about which head(s)² of power a particular matter comes within.

[145] Further, there is no logical basis for applying a different test to the federal head of power under s. 91(10) than to any other head of power, federal or provincial. Applying different tests for different heads of power is a recipe for confusion and inconsistency in our Constitution’s division of powers.

[146] Our colleagues contend that “applying specific tests stating the scope of the particular powers” is not only common, but a necessary part of the

² As this Court observed in *Canadian Western Bank*, at para. 30, “some matters are by their very nature impossible to categorize under a single head of power: they may have both provincial and federal aspects”, such that Parliament and provincial legislatures may legislate in relation thereto. This is the double aspect doctrine.

d’un lien intégral avec le droit maritime canadien — doit être appliqué. De fait, le renvoi dans l’arrêt *ITO*, cité plus tôt, aux matières qui sont, *de par leur caractère véritable*, d’une nature locale mettant en cause la propriété et les droits civils indique bien le contraire. On ne peut appliquer le critère du caractère véritable pour établir si une matière relève de la compétence législative provinciale et appliquer un autre critère pour établir si cette même matière relève de la compétence législative fédérale. S’il fallait, par exemple, que le critère du lien intégral démontre, comme Wärtsilä le prétend implicitement dans ses arguments, l’existence d’un lien *plus étroit* avec le droit maritime canadien que celui qu’exige le critère du caractère véritable, il s’en suivrait logiquement que certaines matières qui, en raison de leur caractère véritable, relèveraient *par ailleurs* de la propriété et des droits civils devraient donc être soustraites de ce chef de compétence provinciale pour être assujetties à la compétence législative du Parlement sur la navigation et les bâtiments ou navires. Cela serait absurde. L’analyse du partage des compétences n’est pas un concours entre deux chefs de compétence, chacun ayant des forces gravitationnelles distinctes, correspondant à des critères distincts qui permettent de cerner la matière visée par chacun. Une seule décision, prise en fonction d’un critère unique, déterminera plutôt de quel(s) chef(s)² de compétence relève la matière en cause.

[145] Par ailleurs, il n’y a aucune raison logique d’appliquer au chef de compétence fédérale prévu au par. 91(10) un critère différent de celui qui doit être appliqué aux autres chefs de compétence, fédérale ou provinciale. Appliquer différents critères à différents chefs de compétence risque de provoquer de la confusion et des incohérences dans le partage des compétences prévu par la Constitution.

[146] Nos collègues affirment que « l’application de critères précis énonçant la portée des compétences particulières » est non seulement fréquente, mais

² La Cour a fait remarquer dans l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 30, que « certaines matières sont, par leur nature même, impossibles à classer dans un seul titre de compétence : elles peuvent avoir à la fois une facette provinciale et une autre fédérale », de sorte que le Parlement et les législatures provinciales peuvent légiférer sur ces matières. Il s’agit de la théorie du double aspect.

division of powers analysis (para. 40). In support, they cite to criteria that courts consider in deciding whether a matter falls within other federal heads of power. There is, however, a difference between criteria which indicate that a particular activity falls within a specified legislative competence, and a test which goes further by purporting to define the relationship between a specified competence and the activities that fall within it. In our view, the integral connection test is an instance of the latter and superimposes an additional test onto the pith and substance test. The integral connection test speaks not to whether a particular activity falls within s. 91(10), but to the *depth* of the connection between that activity and the federal power over navigation and shipping. Contrary to the position advanced by our colleagues, no such test exists for the other heads of power.

[147] It is in any event apparent to us that this Court in *ITO*, by referring to “subject-matter . . . integrally connected to maritime matters” (p. 774), was simply contrasting matters that come within provincial legislative authority under s. 92(13) with those that come within Parliament’s legislative authority under s. 91(10), so as to caution reviewing courts that the former must be carefully preserved and segregated from the latter, thereby avoiding an unconstitutional engorgement of federal power. This explains why, while citing to that reference, this Court has consistently reiterated the importance of not lumping into s. 91(10) matters that, *in pith and substance*, come within s. 92(13) (*Monk*, at p. 800; *Ordon Estate*, at para. 73; *Isen v. Simms*, 2006 SCC 41, [2006] 2 S.C.R. 349, at paras. 20 and 26; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210, at para. 86). We are therefore satisfied that the Court in *ITO* was not stating a different test to be applied in determining whether a matter falls within Parliament’s legislative authority over navigation and shipping. A division of powers analysis always entails applying the pith and substance test.

qu’elle constitue une partie nécessaire de l’analyse du partage des compétences (par. 40). À l’appui de leur affirmation, ils citent des critères dont les tribunaux tiennent compte pour décider si une affaire relève d’autres chefs de compétence fédérale. Il y a toutefois une différence entre le critère qui indique qu’une activité particulière relève d’une compétence législative précise et le critère qui va plus loin en visant à définir la relation entre une compétence précise et les activités qui en relèvent. À notre avis, le critère du lien intégral correspond à la deuxième situation et superpose un test supplémentaire au critère du caractère véritable. Le critère du lien intégral ne se rapporte pas à la question de savoir si une activité précise relève du par. 91(10), mais plutôt à la *profondeur* du lien entre cette activité et la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires. Contrairement à ce qu’avancent nos collègues, un tel critère n’existe pas pour les autres chefs de compétence.

[147] Quoi qu’il en soit, il nous semble évident que, dans l’arrêt *ITO*, la Cour, en se rapportant à la « question [. . .] entièrement liée aux affaires maritimes » (p. 774), mettait simplement en opposition les matières qui relèvent de la compétence législative provinciale prévue au par. 92(13) et celles qui relèvent de la compétence législative fédérale prévue au par. 91(10), afin de signaler aux tribunaux de révision qu’ils devaient prendre soin de protéger les compétences provinciales et les distinguer des compétences fédérales, évitant de ce fait un engorgement inconstitutionnel du pouvoir fédéral. C’est ce qui explique pourquoi la Cour, lorsqu’elle cite cet extrait, a invariablement affirmé qu’il était important de ne pas regrouper dans le par. 91(10) toutes les matières qui, *de par leur caractère véritable*, relèvent du par. 92(13) (*Monk*, p. 800; *Succession Ordon*, par. 73; *Isen c. Simms*, 2006 CSC 41, [2006] 2 R.C.S. 349, par. 20 et 26; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, par. 86). En conséquence, nous sommes d’avis que la Cour dans l’arrêt *ITO* n’énonçait pas un critère différent devant être appliqué pour décider si une matière relève de la compétence législative du Parlement sur la navigation et les bâtiments ou navires. L’analyse du partage des compétences comporte toujours l’application du critère du caractère véritable.

[148] We add this. Parliament’s legislative authority under s. 91(10) is over navigation and shipping, not over Canadian maritime law. This is the language of the Constitution, and avoids the potential overbreadth of focusing on the *maritime* writ large.

[149] This is all to say that merely because a matter arises in a “maritime” context does not automatically consign the matter to navigation and shipping, because it may not relate, in pith and substance, to navigation or shipping concerns. This is consistent with the matters which this Court *has* identified as concerning navigation and shipping within the meaning of s. 91(10) — which, while broad in scope, do not cover *everything* that occurs in a maritime context (and, as we shall explain, does not generally cover the sale of goods):

- Operations of a stevedore-terminal in the course of through-transport of cargo (*ITO*, at p. 775);
- Boating collisions occurring on navigable waters located within Ontario (*Ordon Estate*);
- Stevedoring services (*Q.N.S.*);
- Failure of a towing cable, leading to the loss of a barge that was being towed (*Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 363);
- Navigation of a pleasure craft in Canadian waterways (*Whitbread*);
- Installation of a heat trace system on a navigable vessel (*Bow Valley*);
- Carriage at sea, demurrage, and unloading (*Monk*); and
- Maritime insurance (*Triglav v. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 283).

[148] Nous ajoutons ce qui suit. La compétence législative du Parlement prévue au par. 91(10) porte sur la navigation et les bâtiments ou navires, et non sur le droit maritime canadien. Ce sont les termes employés dans la Constitution, et ils évitent la portée excessive pouvant découler de l’importance accordée au terme général *maritime*.

[149] En bref, ce n’est pas parce qu’une affaire survient dans un contexte « maritime » qu’elle se rattache automatiquement à la navigation et aux bâtiments ou navires, puisque cette affaire pourrait, en raison de son caractère véritable, ne pas se rapporter à des préoccupations touchant la navigation ou les bâtiments ou navires; cela concorde avec les questions que la Cour *a* reconnu comme se rapportant à la navigation et aux bâtiments ou navires au sens du par. 91(10) — et qui, malgré leur large portée, ne couvrent pas *tout* ce qui survient dans un contexte maritime (et, comme nous l’expliquons, ne couvre pas en règle générale la vente de marchandises) :

- Les activités d’un manutentionnaire acconier dans le cadre d’un contrat de transport de cargaison (*ITO*, p. 775);
- Les collisions d’embarcations maritimes survenues dans les eaux navigables de l’Ontario (*Succession Ordon*);
- Les services d’acconage (*Q.N.S.*);
- La rupture d’un câble de remorquage menant à la perte du chaland remorqué (*Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 363);
- La navigation d’un bateau de plaisance sur les voies navigables du Canada (*Whitbread*);
- L’installation d’un système de réchauffage des conduites sur un bâtiment navigable (*Bow Valley*);
- Le transport par mer, les surestaries et le déchargement (*Monk*);
- L’assurance maritime (*Triglav c. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 283).

D. Uniformity

[150] At the Court of Appeal, the majority relied (at para. 106) upon the statement of this Court in *Bow Valley*:

Policy considerations support the conclusion that marine law governs the plaintiffs’ tort claim. Application of provincial laws to maritime torts would undercut the uniformity of maritime law. The plaintiff BVHB argues that uniformity is only necessary with respect to matters of navigation and shipping, such as navigational rules or items that are the subject of international conventions. I do not agree. There is nothing in the jurisprudence of this Court to suggest that the concept of uniformity should be so limited. This Court has stated that “Canadian maritime law”, not merely “Canadian maritime law related to navigation and shipping”, must be uniform. [Emphasis added; para. 88.]

[151] We acknowledge that uniformity of maritime law has been consistently recognized as an important consideration in deciding the scope of Parliament’s legislative authority over navigation and shipping. Indeed, uniformity has been described as a “practical necessity” in Canadian maritime law, given that much of maritime law is the result of international convention, and given the view that legal rights and obligations of those engaged in navigation and shipping activities should not change arbitrarily between provinces (*Whitbread*, at pp. 1254-95; *Ordon Estate*, at paras. 5 and 89). The statement in *Bow Valley* cited at the Court of Appeal reflects this view: uniformity is so important that *all* matters related to Canadian maritime law must be unchanging from province to province.

[152] We affirm this Court’s statement in *Bow Valley* that uniformity is a highly desirable quality in Canadian maritime law. We maintain, however, that concerns for uniformity cannot drive the division of powers analysis — which again, begins with identifying the pith and substance of the matter at

D. Uniformité

[150] Les juges majoritaires de la Cour d’appel se sont appuyés (au par. 106) sur les observations formulées par notre Cour dans l’arrêt *Bow Valley* :

Des considérations de principe viennent étayer la conclusion selon laquelle le droit maritime régit la réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle exercée par les demandereses. L’application des lois provinciales aux délits maritimes nuirait à l’uniformité du droit maritime. La demanderesse BVHB soutient que l’uniformité est nécessaire seulement en ce qui concerne les affaires de navigation et d’expéditions par eau, comme les règles de la navigation ou les questions qui font l’objet de conventions internationales. Je ne suis pas d’accord. Rien dans la jurisprudence de notre Cour ne donne à penser que la notion d’uniformité devrait être ainsi limitée. Notre Cour a déclaré que « le droit maritime canadien », et non pas seulement « le droit maritime canadien relatif à la navigation et aux expéditions par eau », doit être uniforme. [Nous soulignons; par. 88.]

[151] Nous reconnaissons que l’uniformité du droit maritime a systématiquement été reconnue comme étant un facteur important pour déterminer l’étendue de la compétence législative du Parlement en matière de navigation et de bâtiments ou navires. De fait, l’uniformité a été décrite comme une « nécessité pratique » en droit maritime canadien, compte tenu du fait que bon nombre des règles de droit maritime sont issues de conventions internationales, et de l’opinion selon laquelle les droits et obligations juridiques de ceux qui se livrent à des activités liées à la navigation et aux bâtiments ou navires ne devraient pas changer de façon arbitraire selon la province (*Whitbread*, p. 1254-1295; *Succession Ordon*, par. 5 et 89). L’extrait que la Cour d’appel a tiré de l’arrêt *Bow Valley* reflète ce point de vue : l’importance de l’uniformité est telle que *toutes* les matières se rapportant au droit maritime canadien doivent être les mêmes d’une province à l’autre.

[152] Nous confirmons l’observation de la Cour dans l’arrêt *Bow Valley* selon laquelle l’uniformité est une qualité très souhaitable en droit maritime canadien. Toutefois, nous sommes d’avis que le souci d’uniformité ne peut pas guider l’analyse du partage des compétences — laquelle, comme nous l’avons

issue. Uniformity, after all, is not uniquely important to navigation and shipping, but is important to all s. 91 heads of power, particularly where the laws governing such subject matters will inevitably have to apply across provincial boundaries. In other words, s. 91 has identified subjects that may sometimes require uniform treatment across Canada. But where that is the case, uniformity, as a concern, properly drives how matters falling within those federal heads of power are treated; it does not drive the prior inquiry into whether they come within those federal heads of power at all.

[153] It follows that concerns for uniform treatment of matters coming *within* a federal head of power such as navigation and shipping cannot always prevail, so as to oust provincial laws of general application. Section 91(10) is not a watertight compartment granting authority for federal laws whose operation cannot be incidentally affected by provincial heads of power. Such an understanding of s. 91(10) would be squarely opposed to this Court’s jurisprudence on federalism, and to the modern realities of the Canadian federation. This Court has held that the law favours, where possible, the concurrent exercise of power by *both* levels of government (*Canadian Western Bank*, at para. 37). It is for that reason that this Court has stressed “interpreting constitutional texts to consider how different interpretations impact the balance between federal and provincial interests” (*R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342, at para. 78; *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189, at para. 17). This principle is based on the presumption that “Parliament intends its laws to co-exist with provincial laws” (*Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327, at para. 27).

[154] We recognize that some commentary suggests that this Court’s decision in *Ordon Estate*

dit, commence par la détermination du caractère véritable de la matière en cause. Après tout, l’importance de l’uniformité n’est pas unique au domaine de la navigation et des bâtiments ou navires, elle est aussi importante pour tous les chefs de compétence prévus à l’art. 91, particulièrement lorsque les lois qui régissent de telles matières doivent nécessairement s’appliquer dans toutes les provinces. En d’autres termes, l’art. 91 nous indique les domaines qui peuvent parfois exiger un traitement uniforme partout au Canada. Dans ce cas, cependant, le souci d’uniformité guide la manière dont sont traitées les matières qui relèvent de ces chefs de compétence fédérale; il ne guide pas l’analyse préalable sur la question de savoir si elles relèvent même de ces chefs de compétence.

[153] Il s’ensuit que le souci du traitement uniforme des matières qui *relèvent* d’un chef de compétence fédérale comme la navigation et les bâtiments ou navires ne peut toujours s’imposer, de manière à écarter les lois provinciales d’application générale. Le paragraphe 91(10) n’est pas une disposition étanche qui confère compétence aux lois fédérales, dont l’application ne peut être accessoirement touchée par les chefs de compétence provinciale. Une telle interprétation du par. 91(10) irait carrément à l’encontre de la jurisprudence de la Cour sur le fédéralisme, et des réalités contemporaines de la fédération canadienne. La Cour a jugé que le droit privilégie, dans la mesure du possible, l’exercice concurrent du pouvoir par les *deux* ordres de gouvernement (*Banque canadienne de l’Ouest*, par. 37). C’est ce qui explique pourquoi la Cour a précisé que « [l’]interpr[étation] des textes constitutionnels [doit tenir] compte des répercussions des différentes interprétations sur l’équilibre entre les intérêts du fédéral et ceux des provinces » (*R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342, par. 78; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189, par. 17). Ce principe est fondé sur la présomption selon laquelle « le Parlement a voulu que ses lois coexistent avec les lois provinciales » (*Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327, par. 27).

[154] Nous reconnaissons que, selon certains auteurs, la décision de la Cour dans l’arrêt *Succession*

signified that there may be little room for the application of provincial laws in the maritime context (see, e.g., J. G. O'Connor, *Admiralty Jurisdiction and Canadian Maritime Law in the Federal Courts: The Next Forty Years*, October 28, 2011 (online), at p. 16; Giaschi, at p. 13). In *Ordon Estate*, this Court held that interjurisdictional immunity applied to preclude most provincial statutes of general application from indirectly regulating issues of maritime negligence law (“to have the effect of supplementing existing rules of federal maritime negligence law in such a manner that the provincial law effectively alters rules within the exclusive competence of Parliament or the courts to alter”) and that “[s]imilar principles are very likely applicable in relation to the applicability of provincial statutes in other maritime law contexts” (paras. 85-86). In our view, however, on this point *Ordon Estate* no longer states the law, having been overtaken by this Court’s more recent pronouncement in *Ryan Estate*, in which a statutory bar to action contained in a provincial law of general application (the *Workplace Health, Safety and Compensation Act*, R.S.N.L. 1990, c. W-11) was held to be applicable to defeat a maritime negligence claim, notwithstanding that maritime negligence was said to be at the “core” of s. 91(10). As the Court explained:

We acknowledge that this Court in *Ordon* held that interjurisdictional immunity applies where a provincial statute of general application has the effect of indirectly regulating a maritime negligence law issue. However, *Ordon* predates *Canadian Western Bank* and [*Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536 (“COPA”)], which clarified the two-step test for interjurisdictional immunity and set the necessary level of intrusion into the relevant core at “impairs” instead of “affects”. Accordingly, *Ordon* does not apply the two-step test for interjurisdictional immunity developed in *Canadian Western Bank* and *COPA* nor the notion of impairment of the federal core which is now necessary to trigger the application of interjurisdictional immunity: see *Ordon*, at para. 81. Although s. 44 of the [*Workplace Health, Safety*

Ordon signifiait qu’il y a peu de place pour l’application des lois provinciales dans le contexte maritime (voir, p. ex., J. G. O’Connor, *La compétence en amirauté et le droit maritime canadien devant les Cours fédérales : Les 40 prochaines années*, 28 octobre 2011 (en ligne), p. 17; Giaschi, p. 13). Dans cet arrêt, notre Cour a conclu que le principe de l’exclusivité des compétences sert à empêcher que la plupart des lois provinciales d’application générale réglementent indirectement les questions touchant les règles relatives à la négligence du droit maritime (« [cette application ayant] pour effet d’ajouter aux règles relatives à la négligence existantes du droit maritime fédéral de telle sorte qu’elle change effectivement des règles dont la modification relève de la compétence exclusive du Parlement ou qu’il appartient aux tribunaux de modifier ») et que « [d]es principes similaires peuvent très vraisemblablement être invoqués relativement à l’applicabilité des lois provinciales à d’autres contextes relevant du droit maritime » (par. 85-86). Or nous sommes d’avis que, sur ce point, l’arrêt *Succession Ordon* ne fait plus autorité puisqu’il a été écarté par l’arrêt *Ryan (Succession)* rendu récemment par la Cour, qui indique que l’interdiction de poursuite prévue par une loi provinciale d’application générale (la *Workplace Health, Safety and Compensation Act*, R.S.N.L. 1990, c. W-11) devait s’appliquer pour faire rejeter une action en négligence fondée sur le droit maritime, même si la négligence en matière maritime est au « cœur » du par. 91(10). Voici comment la Cour s’est expliquée :

Nous reconnaissons que, dans l’arrêt *Ordon*, notre Cour a jugé que la doctrine de l’exclusivité des compétences s’applique lorsqu’une loi provinciale d’application générale a pour effet de réglementer indirectement un aspect des règles de droit relatives à la négligence en matière maritime. Toutefois, cet arrêt a précédé les affaires *Banque canadienne de l’Ouest* et [*Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536 (« COPA »)], où la Cour a précisé l’analyse à deux volets concernant l’exclusivité des compétences et indiqué que l’empiètement reproché devait non seulement « toucher » le cœur de la compétence en cause mais « entraver » l’exercice de celle-ci. Par conséquent, ni l’analyse élaborée dans *Banque canadienne de l’Ouest* et *COPA*, ni le degré d’empiètement requis aujourd’hui pour déclencher l’application de la doctrine de l’exclusivité

and Compensation Act (“WHSCA”)] may affect the exercise of the federal power over navigation and shipping, this level of intrusion into the federal power is insufficient to trigger interjurisdictional immunity. The intrusion of s. 44 is not significant or serious when one considers the breadth of the federal power over navigation and shipping, the absence of an impact on the uniformity of Canadian maritime law, and the historical application of workers’ compensation schemes in the maritime context. For these reasons, s. 44 of the WHSCA does not impair the federal power over navigation and shipping. Interjurisdictional immunity does not apply here. [para. 64]

[155] We recognize that this leaves the doctrine of interjurisdictional immunity with an exceedingly limited role in the division of powers analysis. This is not, in our view, cause for concern. As this Court clarified in *Canadian Western Bank*, interjurisdictional immunity has a very limited role in the division of powers analysis and should not be the first recourse in a division of powers dispute (para. 47). A broad application of interjurisdictional immunity is inconsistent with the notion of “flexible federalism” and fails to account for the fact that overlapping powers are unavoidable (*Canadian Western Bank*, at para. 42). Because interjurisdictional immunity is “asymmetrical”, it protects and even augments federal heads of power at the expense of provincial legislative authority, in turn undermining the principle of subsidiarity — i.e. “that decisions ‘are often best [made] at a level of government that is not only effective, but also closest to the citizens affected’” (*Canadian Western Bank*, at para. 45, citing *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241, at para. 3).

[156] This Court also cast doubt in *Canadian Western Bank* on the judicial methodology and utility of

des compétences n’ont été appliqués dans *Ordon* : voir *Ordon*, par. 81. Quoique l’art. 44 de la [*Workplace Health Safety and Compensation Act* (« WHSCA »)] puisse toucher l’exercice de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires, ce degré d’empiètement sur la compétence fédérale en question ne suffit pas pour que s’applique la doctrine de l’exclusivité des compétences. L’empiètement causé par l’art. 44 ne saurait être considéré important ou grave si l’on tient compte de l’étendue de la compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires, de l’absence de répercussions sur l’uniformité du droit maritime canadien et de l’application de longue date des régimes d’indemnisation des accidents du travail dans le secteur maritime. Pour ces raisons, l’art. 44 de la WHSCA n’entrave pas l’exercice de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires, et la doctrine de l’exclusivité des compétences ne s’applique pas en l’espèce. [par. 64]

[155] Nous reconnaissons que ces observations restreignent considérablement le rôle que joue la doctrine de l’exclusivité des compétences dans l’analyse du partage de ces dernières. À notre avis, il n’y a pas lieu de s’en inquiéter. Comme l’a précisé notre Cour dans *Banque canadienne de l’Ouest*, la doctrine de l’exclusivité des compétences joue un rôle très limité dans l’analyse du partage des compétences et ne devrait pas être la première doctrine examinée dans le cadre d’un différend sur le partage des compétences (par. 47). Une application large du principe de l’exclusivité des compétences est contraire au « fédéralisme souple » et ne tient pas compte des inévitables chevauchements de compétences (*Banque canadienne de l’Ouest*, par. 42). Comme la doctrine de l’exclusivité des compétences s’applique de manière « asymétrique », elle protège, voire amplifie les chefs de compétence fédérale au détriment de la compétence législative provinciale, ce qui menace le principe de subsidiarité, selon lequel « le niveau de gouvernement le mieux placé pour [prendre des décisions est] celui qui est le plus apte à le faire, non seulement sur le plan de l’efficacité mais également parce qu’il est le plus proche des citoyens touchés » (*Banque canadienne de l’Ouest*, par. 45, citant *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241, par. 3).

[156] Dans l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest*, la Cour a également remis en cause la méthode utilisée

attempting to define a core of federal jurisdiction (paras. 43-44). Ultimately, as Dickson C.J. stated, the doctrine of interjurisdictional immunity is “not . . . particularly compelling” (*OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 17). For this reason, resort to a doctrine that forms a mere “undertow” of this Court’s federalism jurisprudence should be avoided whenever possible in favour of the “dominant tide” of pith and substance (*Canadian Western Bank*, at para. 36-37).

[157] The dangers of defining a protected core of jurisdiction are particularly evident in the context of broad and general heads of federal power, which apply to numerous activities (*Canadian Western Bank*, at para. 43). In *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, McLachlin C.J. reasoned that it is a “daunting” task to draw a “bright line” around the protected core of a head of power that is “broad and extensive” (para. 68). For this reason, the doctrine of interjurisdictional immunity has “never been applied to a broad and amorphous area of jurisdiction” (*PHS*, at para. 60).

[158] Courts must thus be especially cautious when attempting to define the core of navigation and shipping. As our colleagues accept, the federal head of power over navigation and shipping is undeniably broad (*British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86, at para. 64; *Ryan Estate*, at para. 61). Accordingly, the core of this head of power is particularly ill-suited to definition. The frequent overlap between s. 91(10) and the broad provincial head of power over property and civil rights confirms the need for caution. Similarly, in *PHS*, the overlap between the broad provincial power over health and the federal criminal law power led this Court to take a cautious approach and to decline to define the core of the provincial health power in that case (paras. 68 and 70). The idea that laws enacted by one order of government cannot have even incidental effects on the core of another order’s jurisdiction risks creating

par les juges pour tenter de définir le contenu essentiel d’une compétence fédérale et l’utilité de le faire (par. 43-44). En définitive, comme l’a affirmé le juge en chef Dickson, la doctrine de l’exclusivité des compétences n’est pas « un principe particulièrement impérieux » (*SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 17). Pour cette raison, le recours à un principe qui n’est qu’un « contre-courant » de la jurisprudence de la Cour sur le fédéralisme devrait être évité dans la mesure du possible au profit du « courant dominant » du caractère véritable (*Banque canadienne de l’Ouest*, par. 36-37).

[157] Les dangers liés au fait de définir le contenu essentiel protégé d’une compétence sont particulièrement évidents dans le contexte de chefs de compétence fédérale larges et généraux, qui s’appliquent à de nombreuses activités (*Banque canadienne de l’Ouest*, par. 43). Dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, la juge en chef McLachlin a estimé que la tâche de « délimiter avec précision » le contenu essentiel provincial protégé d’un « vaste » champ de compétence était « insurmontable » (par. 68). Pour cette raison, la doctrine de l’exclusivité des compétences « n’a [jamais] été appliquée à un domaine de compétence large et ambigu » (*PHS*, par. 60).

[158] Les tribunaux doivent donc être particulièrement prudents lorsqu’ils tentent de définir le contenu essentiel de la compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires. Comme l’acceptent nos collègues, le chef de compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires est incontestablement large (*Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86, par. 64; *Ryan (Succession)*, par. 61). En conséquence, le contenu essentiel de ce chef de compétence se prête particulièrement mal à une définition. Le chevauchement fréquent entre le par. 91(10) et le vaste chef de compétence provinciale sur la propriété et les droits civils confirme que la prudence s’impose. De la même façon, dans l’arrêt *PHS*, le chevauchement entre la vaste compétence provinciale en matière de santé et la compétence fédérale en matière de droit criminel a mené la Cour à adopter une approche prudente et à refuser de définir

legal vacuums where there is an absence of law enacted by the other order of government (*Canadian Western Bank*, at para. 44).

[159] We understand that our colleagues attempt to determine whether the matters at issue in this appeal fall within the core of navigation and shipping only because they reach a different conclusion than we do on pith and substance. In our view, it is preferable to resolve the case by determining the head of power which corresponds to the matter raised by TDI's claim against Wärtsilä. Since we determine that the matter is in pith and substance one of property and civil rights, it is "neither necessary nor helpful" for us to consider interjurisdictional immunity (*PHS*, at para. 70).

[160] The interjurisdictional immunity doctrine, in its application, also risks creating serious uncertainty. In this case, for example, *Ryan Estate* signifies that, so long as the application of arts. 1729 and 1733 of the *C.C.Q.* would not "impair" the "core" of navigation and shipping, it may still "affect" matters that would otherwise come within navigation and shipping, whether at its core or otherwise. So stated, and as this Court observed in *Canadian Western Bank* (at paras. 48-49), the distinction between matters that "impair" and matters that "affect", or between matters going to the "core" of a head of power, and matters that do not, is elusive, and incompatible with the incremental quality of Canadian constitutional interpretation.

[161] Ultimately, the doctrine of interjurisdictional immunity is "superfluous in that Parliament can

le contenu essentiel de la compétence provinciale en matière de santé dans cette affaire (par. 68 et 70). L'idée que, lorsqu'un ordre de gouvernement n'a pas légiféré sur une matière donnée, l'autre ne pourrait pas adopter des lois ayant des effets même accessoires sur le contenu essentiel de la compétence du premier ordre de gouvernement, risque de créer des vides juridiques (*Banque canadienne de l'Ouest*, par. 44).

[159] Nous comprenons que nos collègues tentent d'établir si les matières en cause dans le présent pourvoi relèvent du contenu essentiel de la compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires seulement parce qu'ils arrivent à une conclusion différente de la nôtre en ce qui a trait au caractère véritable. À notre avis, il est préférable de régler l'affaire en établissant le chef de compétence qui correspond à la matière en cause dans la demande de TDI contre Wärtsilä. Étant donné que nous décidons que la matière relève, de par son caractère véritable, de la propriété et des droits civils, il n'est « tout simplement pas nécessaire ni utile » pour nous d'examiner la doctrine de l'exclusivité des compétences (*PHS*, par. 70).

[160] La doctrine de l'exclusivité des compétences, dans son application, risque également de créer une grave incertitude. En l'espèce, par exemple, l'arrêt *Ryan (Succession)* signifie que, dans la mesure où l'application des art. 1729 et 1733 du *C.c.Q.* n'« entrave » pas le « contenu essentiel » de la compétence relative à la navigation et aux bâtiments ou navires, elle peut tout de même « toucher » des matières qui relèveraient par ailleurs de la compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires, que ce soit par son contenu essentiel ou d'une autre façon. Ainsi énoncée, et conformément aux observations de la Cour dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest* (par. 48-49), la distinction entre les matières qui « entravent » et celles qui « touchent », ou entre celles qui se rattachent au « contenu essentiel » d'un chef de compétence et celles qui ne s'y rattachent pas, est difficile à cerner et ne se concilie pas avec le caractère progressif de l'interprétation constitutionnelle au Canada.

[161] En fin de compte, la doctrine de l'exclusivité des compétences est « superflu[e] dans la mesure où

always, if it sees fit to do so, make its legislation sufficiently precise to leave those subject to it with no doubt as to the residual or incidental application of provincial legislation” (*Canadian Western Bank*, at para. 46). Further, the idea underlying the doctrine of interjurisdictional immunity is better understood not as an independent doctrine, but as a function of the pith and substance test, properly understood and applied (A. Honickman, “Watertight Compartments: Getting Back to the Constitutional Division of Powers” (2017), 55 *Alta. L. Rev.* 225, at pp. 238-39; see also G. Régimbald and D. Newman, *The Law of the Canadian Constitution* (2nd ed. 2017), at pp. 222-23).

E. *Resolving the Tension Between Sections 91(10) and 92(13)*

(1) The Pith and Substance of TDI’s Claim

[162] The point of law raised by this case is relatively simple — which head of power does the matter raised by TDI’s claim come within? Wärtsilä says it comes within s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867* — navigation and shipping —, while TDI says it comes within s. 92(13) — property and civil rights in the Province. We are, in answering this question, mindful of this Court’s caution in *ITO*, which we have already recounted, that “in determining whether or not any particular case involves a maritime or admiralty matter, [we] must avoid encroachment on what is in ‘pith and substance’ a matter of local concern involving property and civil rights”. While the scope of legislative authority conferred upon Parliament in relation to navigation and shipping is undeniably broad, courts must be careful to ensure that it does not swallow up matters that fall within provincial legislative authority, whether over property and civil rights, or other provincial heads of power.

[163] The first step in determining the matter raised by TDI’s claim is to characterize the nature of the contract between TDI and Wärtsilä. As this Court

le Parlement fédéral peut toujours, s’il le considère approprié, légiférer de manière suffisamment précise pour que les personnes assujetties n’aient aucun doute quant à l’application résiduelle ou accessoire de la législation provinciale » (*Banque canadienne de l’Ouest*, par. 46). De plus, l’idée qui sous-tend la doctrine de l’exclusivité des compétences se conçoit mieux non pas comme une doctrine indépendante, mais comme un aspect du critère du caractère véritable, bien interprété et appliqué (A. Honickman, « Watertight Compartments : Getting Back to the Constitutional Division of Powers » (2017), 55 *Alta. L. Rev.* 225, p. 238-239; voir aussi G. Régimbald et D. Newman, *The Law of the Canadian Constitution* (2^e éd. 2017), p. 222-223).

E. *Résolution de l’opposition entre le par. 91(10) et le par. 92(13)*

(1) Le caractère véritable de la demande de TDI

[162] Le point de droit que soulève la présente affaire est relativement simple : de quel chef de compétence la matière visée par la demande de TDI relève-t-elle? Selon Wärtsilä, elle relève du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* — la navigation et les bâtiments ou navires —, alors que selon TDI, elle relève du par. 92(13) — la propriété et les droits civils dans la province. Pour répondre à cette question, nous gardons à l’esprit la mise en garde formulée par la Cour dans l’arrêt *ITO*, dont nous avons déjà traité, selon laquelle « en déterminant si une affaire donnée soulève une question maritime ou d’amirauté, [nous devons] éviter d’empiéter sur ce qui constitue, de par son caractère véritable, une matière d’une nature locale mettant en cause la propriété et les droits civils ». Bien que l’étendue de la compétence législative accordée au Parlement en matière de navigation et de bâtiments ou navires soit indéniablement vaste, les tribunaux doivent prendre soin de veiller à ce qu’elle n’englobe pas les matières qui relèvent de la compétence législative provinciale, que ce soit relativement à la propriété et aux droits civils ou à d’autres chefs de compétence provinciale.

[163] La première étape pour établir la matière dont il est question dans la demande de TDI consiste à qualifier la nature du contrat conclu entre TDI et

said in *Monk*, “it is important first to focus on the agreement between the parties in order to ascertain the nature and context of the claims in question” (p. 796 (emphasis added)).

[164] In this case, the contract between TDI and Wärtsilä was — as TDI states in its Amended Motion to Institute Proceedings — for the purchase and sale of a marine engine component (specifically, of an assembled bedplate, to be sold and delivered in an “already assembled condition”), to be installed by TDI employees “without any work required on the assembled crankshaft except to place it in position and to connect the individual piston/connecting rod assembly to the H type bearing housing” (A.R., at p. 71). The agreement between TDI and Wärtsilä was undeniably a contract for the sale of a marine engine part. This is consistent with the conclusion reached by the trial judge (para. 26).

[165] The claims arising in the contract of sale between TDI and Wärtsilä are whether the engine component sold by Wärtsilä to TDI was “fit for the intended purpose, . . . of merchantable quality[,] and contained a latent defect” (A.R., at p. 73). These claims relate to the contractual terms agreed to between the parties pursuant to a contract for the sale of goods. While it is no longer disputed that the engine sold by Wärtsilä to TDI contained a latent defect, TDI’s claim still relates directly to the sale of goods. As such, the matter at issue is the sale of goods, albeit in the maritime context.

[166] Our colleagues take issue with our characterization of TDI’s claim. They state that the sale of goods in the maritime context is “too vague and general” to properly characterize the claim at issue in this case (para. 37). As we will explain, this is simply not so. Our characterization of the matter as the sale of goods in the maritime context is consistent with this Court’s past jurisprudence. In cases that concern whether a matter falls within s. 91(10) or 92(13), the Court has repeatedly defined the matter

Wärtsilä. Comme l’a affirmé la Cour dans *Monk*, « il importe premièrement de se pencher sur l’entente entre les parties afin de constater la nature et le contexte des demandes en cause » (p. 796 (nous soulignons)).

[164] En l’espèce, le contrat conclu entre TDI et Wärtsilä — comme l’indique TDI dans sa requête introductive d’instance modifiée — concernait l’achat et la vente d’une composante de moteur de navire (plus particulièrement, une assise de moteur, vendue et livrée [TRADUCTION] « déjà assemblée »), devant être installée par les employés de TDI, [TRADUCTION] « aucuns travaux n’étant nécessaires sur le vilebrequin assemblé, sauf en ce qui concerne sa mise en place et le raccordement du piston/des bielles avec le corps de palier de type H » (d.a., p. 71). Le contrat intervenu entre TDI et Wärtsilä portait indéniablement sur la vente d’une pièce de moteur de navire. Cette conclusion va dans le même sens que celle retenue par la juge de première instance (par. 26).

[165] Les demandes relatives au contrat de vente conclu entre TDI et Wärtsilä portent sur la question de savoir si la composante de moteur vendue par Wärtsilä à TDI [TRADUCTION] « convenait aux fins auxquelles elle était destinée, [. . .] si elle était de qualité marchande[,] et si elle comportait un vice caché » (d.a., p. 73). Ces demandes se rapportent aux modalités contractuelles convenues par les parties aux termes d’un contrat de vente de marchandises. Bien que la présence d’un vice caché dans le moteur que Wärtsilä a vendu à TDI ne soit plus contestée, la demande de TDI est tout de même directement liée à la vente de marchandises. Pour cette raison, la matière en cause est la vente de marchandises, bien qu’elle ait eu lieu dans le contexte maritime.

[166] Nos collègues contestent notre qualification de la demande de TDI. Ils affirment que la vente de marchandises dans le contexte maritime est « trop vague et trop générale » pour qualifier correctement la demande en cause dans le présent pourvoi (par. 37). Comme nous l’expliquerons, ce n’est tout simplement pas le cas. Notre qualification de l’affaire en tant que vente de marchandises dans le contexte maritime est conforme à la jurisprudence antérieure de la Cour. Dans les affaires qui portent

as a given area of private law in the maritime context. For instance, in *Triglav*, at p. 288, the Court characterized the pith and substance as “matters of marine insurance”. Likewise, in *Q.N.S.*, at pp. 696-97, the Court identified the matter as the law of agency in the maritime context. And, in both *Whitbread* and *Bow Valley*, the Court identified the matter as tort liability that arises in a maritime context (*Whitbread*, at p. 1289; *Bow Valley*, at para. 85). In none of these cases did the Court define the matter more narrowly to reflect the specific tort, agency relationship, or nature of the insured cargo. In light of these authorities, our colleagues’ identification of the matter as the sale of a particular type of marine equipment strikes us as far too narrow a characterization. With respect, we see our approach of defining the matter in terms of the sub-field of private law at issue, namely the sale of goods, as being much more in keeping with *Triglav*, *Q.N.S.*, *Whitbread*, and *Bow Valley*.

[167] Furthermore, the cases and scholarship upon which our colleagues rely demonstrate that our characterization of the matter reflects the appropriate degree of precision. To be sure, these sources establish that the Court should characterize the pith and substance at a higher level of precision than that of the head of power itself (*Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457, at para. 190, per LeBel and Deschamps JJ.; H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6th ed. 2014), at p. 463). But our characterization does just that. Contracts are but one of many different bodies of law and types of private activities that fall within provincial authority over property and civil rights. And, the sale of goods is only one of many domains of contract. Our characterization of the matter as the sale of goods in the maritime context is thus not one but two levels of precision higher than the head of power covering property and civil rights. This is a far cry from the broad characterizations of matters as “health” or “the

sur la question de savoir si une matière relève des par. 91(10) ou 92(13), la Cour a défini à maintes reprises la matière comme étant un domaine particulier de droit privé dans le contexte maritime. À titre d’exemple, dans l’arrêt *Triglav*, p. 288, la Cour a établi que le caractère véritable se rapportait à l’« assurance maritime ». De la même façon, dans l’arrêt *Q.N.S.*, p. 696-697, la Cour a qualifié la matière comme étant le droit en matière de mandat dans le contexte maritime. De plus, dans les arrêts *Whitbread* et *Bow Valley*, la Cour a qualifié la matière de responsabilité délictuelle qui survient dans un contexte maritime (*Whitbread*, p. 1289; *Bow Valley*, par. 85). Dans aucun de ces cas la Cour n’a défini la matière en jeu de façon plus restrictive afin de refléter le délit précis, la relation de mandataire ou la nature de la cargaison assurée. Compte tenu de ces précédents, la qualification que font nos collègues de la matière en tant que vente d’un type particulier d’équipement marin nous apparaît beaucoup trop étroite. Avec égards, nous considérons que notre démarche qui consiste à définir la matière en termes de sous-domaine du droit privé en question, soit la vente de marchandises, est beaucoup plus conforme aux arrêts *Triglav*, *Q.N.S.*, *Whitbread* et *Bow Valley*.

[167] De plus, la jurisprudence et la doctrine sur lesquelles se fondent nos collègues démontrent que notre qualification de la matière reflète le degré approprié de précision. Évidemment, ces sources établissent que la Cour devrait qualifier le caractère véritable avec un plus grand degré de précision que le chef de compétence lui-même (*Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457, par. 190, les juges LeBel et Deschamps; H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6^e éd. 2014), p. 463). Et c’est exactement ce que fait notre qualification. Les contrats ne sont que l’un des nombreux différents ensembles de règles de droit et de types d’activités privées qui relèvent de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils. De plus, la vente de marchandises ne constitue qu’un seul des nombreux domaines des contrats. Notre qualification de la matière en tant que vente de marchandises dans le contexte maritime n’est donc pas simplement un, mais deux niveaux de précision plus élevé que le chef de compétence sur la propriété

environment” that LeBel and Deschamps JJ. criticized in *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, at para. 190.

[168] We therefore turn to consider under which head of power in the *Constitution Act, 1867*, the *sale of goods in a maritime context* comes within.

(2) Sale of Goods in the Maritime Context

(a) *Treatment in Canadian Jurisprudence*

[169] Canadian courts have consistently recognized the sale of goods, even where occurring in a maritime context, as a matter coming within provincial legislative jurisdiction under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* — property and civil rights in the Province. Indeed, while still deciding that Canadian maritime law governed on the facts of the case, this Court so found in *Monk*.

[170] The claim in *Monk* arose from a contract between the purchaser (The Monk Corporation) and a supplier of urea fertilizer, whose product was shipped by sea from the U.S.S.R. to Canada. Upon arrival at the port of Saint John, unloading difficulties ensued, and Monk sued the supplier for excess product delivered, demurrage and the cost of renting cranes to unload the fertilizer. The issue before this Court was whether the Federal Court had jurisdiction over the action under s. 22 of the *FCA*, which in turn was described as raising a division of powers question, being whether the action was governed by the law of sale of goods or fell within the scope of Canadian maritime law.

[171] Justice Iacobucci, writing for the majority, held that the claim was governed by Canadian maritime law.

et les droits civils. Cette situation est loin des qualifications générales des matières comme étant « la santé » ou « l’environnement » qu’ont critiquées les juges LeBel et Deschamps dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, par. 190.

[168] En conséquence, nous examinerons maintenant la question de savoir de quel chef de compétence énoncé dans la *Loi constitutionnelle de 1867* relève la *vente de marchandises dans un contexte maritime*.

(2) La vente de marchandises dans le contexte maritime

a) *Jurisprudence canadienne*

[169] Les tribunaux canadiens ont toujours reconnu que la vente de marchandises, même lorsqu’elle a lieu dans un contexte maritime, relevait de la compétence législative provinciale en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* — la propriété et les droits civils dans la province. De fait, même si elle a décidé que le droit maritime canadien s’appliquait aux faits de l’affaire, notre Cour a aussi tiré cette conclusion dans l’arrêt *Monk*.

[170] Dans cette affaire, le litige découlait d’un contrat conclu entre l’acheteur (Monk Corporation) et un fournisseur d’engrais d’urée ayant expédié son produit par bateau vers le Canada à partir de l’U.R.S.S. À l’arrivée au port de Saint John, des problèmes de déchargement sont survenus, et Monk a intenté une action contre le fournisseur pour le paiement de l’excédent de produit livré, de surestaries et du coût de location de grues de quai pour procéder au déchargement de l’engrais. La Cour était appelée à répondre à la question de savoir si la Cour fédérale avait compétence pour connaître d’une action intentée en vertu de l’art. 22 de la *LCF*, qui elle-même était décrite comme soulevant une question de partage des compétences, à savoir si l’action était régie par les règles de droit applicables à la vente de marchandises ou si elle relevait plutôt du droit maritime canadien.

[171] Le juge Iacobucci, s’exprimant au nom de la majorité, a conclu que l’action était régie par le droit

In coming to this conclusion, he examined both the pertinent provisions of the *FCA* and “the true nature of the matters in dispute” (p. 787 (emphasis added)). As previously explained in these reasons, and respectfully, we would not endorse an approach which determines whether a claim comes within Parliament’s legislative authority over navigation and shipping by reference to the jurisdiction granted under the *FCA*. Nor, again, would we refer to “Canadian maritime law” as a substitute for navigation and shipping in a division of powers analysis. That said, the majority in *Monk* took the correct approach to the pith and substance test which required — in that case as in this case, as we have explained — determining the matter raised by the claim by examining the contract at issue. The contract in *Monk*, Iacobucci J. observed, contained various undertakings and terms, some of which related to the sale of goods (including the type of goods sold, the quantity and quality, the price, and the time for delivery) and would be governed by the *Sale of Goods Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. S-1 (p. 796). Other terms related to the contract of carriage by sea. The claim asserted by *Monk* ultimately had its source in the supplier’s contractual obligation to discharge cargo under the terms of the contract relating to carriage, and was “clearly a maritime matter within the scope of maritime law as defined by *ITO*” (p. 797). In dissent, L’Heureux-Dubé J. would have found that the matter fell squarely within the provincial jurisdiction over property and civil rights (pp. 801-2). In her view, the maritime or shipping aspects of the business arrangement between the parties were incidental to the contract, the primary goal of the parties having been to agree to the purchase and sale of fertilizer (pp. 820-21). Analyzed in its entirety and in the factual context in which it arose, it was clear that *Monk*’s claim flowed from a contract for the sale of goods. Accordingly, the matter in pith and substance, came within provincial jurisdiction, and the law governing the contract was the *Sale of Goods Act* (pp. 826-27).

maritime canadien. Pour arriver à cette conclusion, il a examiné les dispositions pertinentes de la *LCF* et « la véritable nature que l’on reconnaît au litige » (p. 787 (nous soulignons)). Comme nous l’avons vu, et en toute déférence, nous n’adhérons pas à une approche qui rend la question de savoir si une demande relève de la compétence législative du Parlement sur la navigation et les bâtiments ou navires tributaire de la compétence conférée par la *LCF*. Tout comme, là encore, nous ne saurions renvoyer au « droit maritime canadien » à titre de substitut de la compétence sur la navigation et les bâtiments ou navires dans une analyse portant sur le partage des compétences. Cela dit, les juges majoritaires dans l’arrêt *Monk* ont bien appliqué le critère du caractère véritable qui nécessitait — dans cette affaire comme dans la présente espèce, ainsi que nous l’avons expliqué — de déterminer la matière en cause dans la demande en examinant le contrat en jeu. Le juge Iacobucci a fait remarquer que le contrat dans l’affaire *Monk* contenait plusieurs engagements et modalités, dont certains concernaient la vente de marchandises (notamment le genre de marchandises vendues, leur quantité, leur qualité, leur prix et le moment de leur livraison), qui seraient régis par la *Sale of Goods Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. S-1 (p. 796). D’autres modalités avaient trait au contrat de transport par mer. La réclamation de *Monk* découlait ultimement de l’obligation contractuelle du fournisseur de décharger la cargaison selon les modalités du contrat concernant le transport des marchandises, et elle était « clairement une affaire maritime relevant du droit maritime selon la définition qu’en donne l’arrêt *ITO* » (p. 797). Dans sa dissidence, la juge L’Heureux-Dubé s’est dite d’avis que la matière relevait carrément de la compétence législative provinciale sur la propriété et les droits civils (p. 801-802). Selon elle, les aspects maritimes des arrangements d’affaires intervenus entre les parties étaient accessoires au contrat, les parties ayant eu pour objectif premier de s’entendre sur l’achat et la vente d’engrais (p. 820-821). Une analyse exhaustive de la réclamation de *Monk*, tenant compte du contexte factuel dans lequel elle avait pris naissance, montrait clairement qu’elle découlait d’un contrat de vente de marchandises. En conséquence, en raison de son caractère véritable, elle relevait de la compétence provinciale, et la loi applicable au contrat était la *Sale of Goods Act* (p. 826-827).

[172] Our colleagues place great significance on the fact that the claim in *Monk* arose from the discharge of fertilizer, and not from the sale of a marine engine (paras. 78-79). But what mattered in *Monk* was *not* the type of good being sold, but the contractual provision at issue. What is significant about the majority judgment in *Monk* is that this Court recognized two aspects to the contract in question: (1) carriage; and (2) the sale of goods. We have no doubt that contractual terms in a contract for carriage are a matter falling under s. 91(10). Common to both sets of judgments in *Monk*, however, was the implicit recognition that contractual terms relating to the sale of goods, *even in the maritime context*, are a matter falling within provincial jurisdiction over property and civil rights. The disagreement between the majority and the dissent did not stem from whether the *Sale of Goods Act* was applicable to the contractual terms related to the sale of goods, but whether *the claim advanced by Monk* raised a matter which, in pith and substance fell within property and civil rights. Had the majority found that *Monk's* claim related to performance of the terms of the contract relating to the sale of goods, it would have followed that the matter fell under provincial jurisdiction and was governed by the *Sale of Goods Act*.

[173] Sale of goods has historically been considered a matter governed by provincial law, particularly with respect to the sale of ships. As stated in *Canadian Maritime Law* (2nd ed. 2016), at pp. 306 and 308:

The purchase of a ship, whether new or not, is regarded as the sale of a chattel. The transaction is governed by the relevant federal and provincial law pertaining to such matters, including laws relating to the transfer of title to goods, lending transactions and securities, and liens other than maritime liens. In order to determine whether title is effectively transferred, reference is made to the particular legislation of the jurisdiction of the sale, such as a sale of goods act, which sets out the relevant rights and obligations of the buyer and seller. It is important that all the essential procedures be fully understood and

[172] Nos collègues accordent une grande importance au fait que la réclamation dans l'affaire *Monk* découlait d'un déchargement d'engrais, et non de la vente d'un moteur de navire (par. 78-79). Cependant, ce qui importait dans cette affaire *n'était pas* le type de bien vendu, mais la disposition contractuelle en cause. L'importance du jugement des juges majoritaires dans l'arrêt *Monk* se rattache au fait que la Cour a reconnu deux aspects du contrat en question : (1) le transport; et (2) la vente de marchandises. Nous n'avons pas de doute que les clauses contractuelles d'un contrat de transport constituent une matière qui relève du par. 91(10). Les deux séries de motifs dans l'arrêt *Monk* reposent toutefois sur la reconnaissance implicite que les modalités contractuelles relatives à la vente de marchandises, *même dans le contexte maritime*, sont une matière qui relève de la compétence législative provinciale sur la propriété et les droits civils. Le désaccord entre les juges majoritaires et la juge dissidente ne découlait pas de la question de savoir si la *Sale of Goods Act* s'appliquait aux modalités du contrat portant sur la vente de marchandises, mais plutôt de celle de savoir si *la réclamation de Monk* soulevait une question qui, en raison de son caractère véritable, relevait de la propriété et des droits civils. Si les juges majoritaires avaient conclu que la réclamation de *Monk* concernait l'exécution des modalités du contrat portant sur la vente de marchandises, le litige aurait relevé de la compétence provinciale et aurait été régi par la *Sale of Goods Act*.

[173] La vente de marchandises a toujours été considérée comme une question régie par le droit provincial, particulièrement dans le cas de la vente de navires. Comme il est indiqué dans *Canadian Maritime Law* (2^e éd. 2016), p. 306 et 308 :

[TRADUCTION] L'achat d'un navire, neuf ou non, est considéré comme un achat de bien meuble. L'opération est régie par les lois fédérales et provinciales pertinentes en la matière, y compris les lois relatives au transfert du titre de propriété des biens, aux opérations de prêt et aux valeurs mobilières, et aux privilèges autres que les privilèges maritimes. Pour établir si le titre de propriété a été effectivement transféré, il faut appliquer la législation du lieu de la vente, comme une loi sur la vente de biens, qui énonce les obligations et droits pertinents de l'acheteur et du vendeur. Il est important de bien comprendre et de bien

complied with in order to ensure that title will be validly transferred.

...

There remains a shadow of uncertainty over the applicable law to a contract of sale of a ship . . . [P]rior to *Ordon Estate v. Grail* provincial law was applied in a maritime law context, and this included the several provincial sale of goods acts. With *Ordon*, the Supreme Court of Canada adopted a stringent test to determine the applicability or otherwise of a provincial statute in a maritime negligence setting. In a post-*Ordon* scenario, at issue is the substantive Canadian maritime law, which is federal and not provincial, governing the sale of a ship when the provisions of the *CSA, 2001* are deemed insufficient Although the applicability of a provincial statute in a maritime setting might be questioned, common law principles would still apply as Canadian maritime law includes common law. [Emphasis added; footnote omitted.]

[174] This conclusion is consistent with decisions of trial courts and courts of appeal which have considered the issue. In *9171*, which involved the sale of a vessel equipped with a different engine than that described in the notice of sale, invoice and deed of sale, de Montigny J. held that the sale of a vessel was governed by the sale provisions in the *C.C.Q.*: “[U]nlike marine insurance, civil liability and stevedoring, there is no close connection between the transfer of ownership of a vessel (as opposed to its registration) and maritime law” (para. 33). Continuing, and citing A. Braën, *Le droit maritime au Québec* (1992), at paras. 465-66, he added:

[TRANSLATION] If Parliament, under its jurisdiction over navigation, has a legal right to register vessels (and impose restrictions relating to the title of property) and the transfer of their property (including conditions relating to the form of this transfer), we doubt that it may also have the power to validly and principally legislate on the basic conditions of the contract. In our view, these are strictly matters of private law and falling within provincial jurisdiction over property and civil rights. For example, a serious argument could not be made that Parliament has jurisdiction over the substantive rules governing succession simply because the devolution of a vessel may be at issue. In the same way, if rules must be applied relating to the seller’s warranty of

respecter toutes les formalités essentielles afin de s’assurer que le titre de propriété soit valablement transféré.

...

Il subsiste un léger doute quant à la loi applicable au contrat de vente d’un navire [. . .] Avant l’arrêt *Succession Ordon c. Grail*, c’était le droit provincial — et notamment les diverses lois provinciales sur la vente de biens — qui s’appliquait dans un contexte de droit maritime. Dans l’arrêt *Ordon*, la Cour suprême du Canada a adopté un critère rigoureux pour déterminer l’applicabilité d’une loi provinciale en cas de négligence maritime. Dans la foulée de l’arrêt *Ordon*, le débat tourne désormais autour du droit maritime canadien substantiel, qui est fédéral et non provincial, et qui régit la vente de navires lorsque les dispositions de la *LMMC de 2001* sont jugées insuffisantes [. . .] Même si l’on peut s’interroger sur l’applicabilité des lois provinciales dans un contexte maritime, les principes de common law s’appliqueraient toujours puisque la common law fait partie du droit maritime canadien. [Nous soulignons; note en bas de page omise.]

[174] Cette conclusion est compatible avec les décisions des tribunaux de première instance et des juridictions d’appel qui se sont penchés sur la question. Dans l’affaire *9171*, qui concernait la vente d’un navire équipé d’un moteur différent de celui décrit dans l’avis de vente, la facture et l’acte de vente, le juge de Montigny a conclu que la vente du navire était régie par les dispositions du *C.c.Q.* relatives à la vente : « [c]ontrairement à l’assurance maritime, à la responsabilité civile et à l’acconage, il n’y a pas de lien étroit entre le transfert de propriété d’un navire (par opposition à son enregistrement) et le droit maritime » (par. 33). Plus loin, citant A. Braën, *Le droit maritime au Québec* (1992), par. 465-466, il ajoute :

Si le Parlement, en vertu de sa compétence en matière de navigation, est habilité à contrôler l’immatriculation des navires (et à imposer des restrictions relatives au titre de propriété) ainsi que le transfert de leur propriété (y inclus les modalités relatives à la forme de ce transfert), nous doutons qu’il puisse également légiférer valablement et de façon principale sur les conditions de fond du contrat. Il s’agit là, selon nous, de questions strictement de droit privé et relevant de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils. On ne pourrait soutenir sérieusement, par exemple, que le Parlement est compétent à l’égard des règles de fond régissant une succession simplement parce que la dévolution d’un navire peut être en cause. De la même

a sale contract of a vessel in Quebec, could principles of common law or the *Civil Code* be referred to? In the first case, it is important to know that these principles were the subject of legislation by all common law jurisdictions. To which jurisdiction's rules should one refer? [Emphasis added; para. 34.]

[175] Other lower courts have drawn the same conclusion as de Montigny J. In *Casden v. Cooper Enterprises Ltd.* (1993), 151 N.R. 199, the Federal Court of Appeal held that the contract of the sale and construction of a yacht was governed by the *Sale of Goods Act*, R.S.B.C. 1979, c. 370. In *Cork v. Greavette Boats Ltd.*, [1940] O.R. 352, the Ontario Court of Appeal applied the *Sale of Goods Act*, R.S.O. 1937, c. 180, to the sale of a boat. In *Curtis v. Rideout* (1980), 27 Nfld. & P.E.I.R. 392 (S.C.T.D.), the *Sale of Goods Act*, R.S.N. 1970, c. 341, was applied to the purchase of a fishing boat. And more recently, the Quebec Superior Court applied the sale of goods provisions in the *C.C.Q.* to the purchase of a cigarette boat in *Salvail Saint-Germain v. Location Holand (1995) Ltée*, 2017 QCCS 5155, at paras. 75-81 (CanLII). It is telling that in none of *Casden*, *Cork*, *Curtis*, or *Salvail Saint-Germain* did the court even undertake a division of powers analysis — rather, in each case it simply applied the relevant sale of goods legislation (see 9171, at para. 34). This makes sense since, as noted by de Montigny J. in 9171, it cannot be said that the law governing contracts such as the one at issue in this appeal requires the sale of goods in the maritime context to fall under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867* (para. 33). Treating sale of goods as a matter of navigation and shipping simply because the sale involves a ship or part of a ship is akin to stating that the sale of a motor vehicle or a part of a motor vehicle is a matter of interprovincial trade (and therefore falling within Parliament's legislative authority over “the Regulation of Trade and Commerce”) simply because that motor vehicle will cross provincial boundaries.

façon, s'il s'agit d'appliquer les règles relatives à la garantie du vendeur à un contrat de vente d'un navire au Québec, pourra-t-on recourir aux principes de common law ou à ceux du Code civil? Dans le premier cas, il faut savoir que ces principes ont fait l'objet d'une législation de la part de toutes les juridictions de common law. Aux règles de quelles juridictions faudra-t-il renvoyer? [Nous soulignons; par. 34.]

[175] D'autres tribunaux de juridiction inférieure sont arrivés à la même conclusion que le juge de Montigny. Dans l'arrêt *Casden c. Cooper Enterprises Ltd.* (1993), 151 N.R. 199, la Cour d'appel fédérale a conclu que le contrat de vente et de construction d'un yacht était régi par la *Sale of Goods Act*, R.S.B.C. 1979, c. 370. Dans l'arrêt *Cork c. Greavette Boats Ltd.*, [1940] O.R. 352, la Cour d'appel de l'Ontario a appliqué la *Sale of Goods Act*, R.S.O. 1937, c. 180, à la vente d'un bateau. Dans la décision *Curtis c. Rideout* (1980), 27 Nfld. & P.E.I.R. 392 (C.S. (1^{re} inst.)), la *Sale of Goods Act*, R.S.N. 1970, c. 341, a été appliquée à l'achat d'un bateau de pêche. Et plus récemment, la Cour supérieure du Québec a appliqué les dispositions relatives à la vente de marchandises du *C.c.Q.* à l'achat d'un bateau-cigarette dans la décision *Salvail Saint-Germain c. Location Holand (1995) Ltée*, 2017 QCCS 5155, par. 75-81 (CanLII). Il est révélateur de constater que dans aucune de ces décisions, soit *Casden*, *Cork*, *Curtis* et *Salvail Saint-Germain*, les tribunaux n'ont procédé à une analyse portant sur le partage des compétences et qu'ils ont plutôt, dans chacune d'elles, simplement appliqué la loi relative à la vente de marchandises pertinente (voir 9171, par. 34). Cela est logique étant donné que, comme l'a fait remarquer le juge de Montigny dans l'arrêt 9171, on ne peut pas dire que le droit régissant les contrats comme celui en cause dans le présent pourvoi exige que la vente de marchandises dans le contexte maritime relève du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (par. 33). Considérer que la vente de marchandises est une matière relevant de la compétence en matière de navigation et de bâtiments ou navires simplement parce que la vente concerne un bateau ou une partie d'un bateau équivaut à dire que la vente d'un véhicule automobile ou d'une partie d'un véhicule automobile relève de la compétence en matière d'échanges interprovinciaux (et donc de la compétence législative du Parlement sur la « réglementation du trafic et du commerce ») simplement parce que le véhicule franchira des frontières provinciales.

[176] We pause here to address this Court’s decision in *Antares Shipping Corp. v. The Ship “Capricorn”*, [1980] 1 S.C.R. 553. In *Antares*, this Court held that the sale of a ship fell within s. 22(2)(a) of the *FCA* (and was therefore governed by Canadian maritime law). In coming to this conclusion, the Court stated that s. 22(2)(a) — which grants the Federal Court jurisdiction over any claim with respect to title, possession or ownership of a ship — constituted “existing federal statutory law coming within the class of subject of navigation and shipping” (p. 559). As we have previously stated, this is an incorrect understanding of s. 22(2) of the *FCA*. Section 22(2) of the *FCA* merely grants jurisdiction to the Federal Court, and does not create operative law.

[177] Indeed, the reasoning in *Antares* was later called into question as a result of this Court’s decision in *Quebec & Ontario Transportation Co. v. The Ship “Incan St. Laurent”*, [1980] 2 S.C.R. 242. In that case, this Court upheld the decision of Le Dain J.A. (as he then was) that ownership of a ship under a joint venture agreement was governed by Quebec civil law.

[178] Significantly, the Court said:

Circumstances attending the issues in this case since the judgment of this Court in *Quebec North Shore Paper Company et al. v. Canadian Pacific Limited et al.*, confirm our unanimous view that the judgment of LeDain J. in the Federal Court of Appeal was correct. [Footnotes omitted; p. 242.]

Quebec North Shore held that a grant of jurisdiction was insufficient to create operative law and a federal body of law was required to nourish such jurisdiction. In light of this statement, it would appear that *Antares* is no longer good law to the extent that it suggests that the sale of a ship is governed by Canadian maritime law by virtue of s. 22(2) of the *FCA*.

[176] Nous ouvrons ici une parenthèse pour examiner l’arrêt *Antares Shipping Corp. c. Le navire « Capricorn »*, [1980] 1 R.C.S. 553, de notre Cour. Dans cette décision, notre Cour a jugé que la vente d’un navire relevait de l’al. 22(2)a de la *LCF* (et était donc régie par le droit maritime canadien). Pour arriver à cette conclusion, la Cour a déclaré que l’al. 22(2)a — qui confère compétence à la Cour fédérale à l’égard de toute demande portant sur le titre, la possession ou la propriété d’un navire — constituait « une loi fédérale applicable qui entre dans la catégorie de sujets “La navigation et les bâtiments ou navires” » (p. 559). Comme nous l’avons déjà dit, il s’agit d’une interprétation erronée du par. 22(2) de la *LCF*. Ce paragraphe ne fait qu’attribuer une compétence à la Cour fédérale, et ne crée pas de règles de droit applicables.

[177] D’ailleurs, le raisonnement suivi dans l’arrêt *Antares* a été remis en question à la suite de la décision de notre Cour dans l’arrêt *Québec and Ontario Transportation Co. c. Le navire « Incan St-Laurent »*, [1980] 2 R.C.S. 242, dans lequel notre Cour a confirmé la décision du juge Le Dain de la Cour d’appel fédérale (plus tard juge à la Cour suprême) selon laquelle la propriété d’un navire en vertu d’un contrat de coentreprise était régie par le droit civil québécois.

[178] Fait important à signaler, la Cour a déclaré ce qui suit :

Les circonstances entourant les questions en litige en l’espèce vu l’arrêt de cette Cour, *Quebec North Shore Paper Company et autre c. Canadien Pacifique Limitée et autre*, confirment notre opinion unanime que l’arrêt du juge LeDain en Cour d’appel fédérale est bien fondé. [Notes en bas de page omises; p. 242.]

Dans l’arrêt *Quebec North Shore*, notre Cour a jugé qu’une attribution de compétence n’était pas suffisante pour créer une règle de droit applicable et qu’un ensemble de règles de droit fédérales était nécessaire pour constituer le fondement de cette compétence. Compte tenu de cette affirmation, il semblerait que l’arrêt *Antares* ne soit plus valable en droit dans la mesure où il laisse entendre que la vente d’un navire est régie par le droit maritime canadien en vertu du par. 22(2) de la *LCF*.

[179] In short, the weight of Canadian jurisprudence supports our conclusion that the sale of goods, even in the maritime context, is, in pith and substance, a matter governed by s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*.

(b) *Treatment in English Admiralty Law*

[180] Notwithstanding that Canadian jurisprudence has typically treated the sale of goods in the maritime context as a matter coming within provincial legislative jurisdiction over property and civil rights, Wärtsilä emphasizes that “Canadian maritime law”, as that term appears in the *FCA*, has been interpreted by this Court to include “all that body of law which was administered in England by the High Court on its Admiralty side in 1934” (*ITO*, at p. 771). That body of law, Wärtsilä says, included the *Sale of Goods Act, 1893* (U.K.), 56 & 57 Vict., c. 71, such that Canadian maritime law should be viewed as inclusive of sale of goods law, leaving provincial sale of goods legislation inapplicable to sales occurring in the maritime context. While, again, we do not accept that the definition of Canadian maritime law contained in the *FCA* is determinative of the scope of Parliament’s legislative authority over navigation and shipping, a review of the pertinent English law does not support Wärtsilä’s submission in any event.

[181] Prior to 1873, English claims in admiralty were heard by the High Court of Admiralty. Following enactment of the *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (U.K.), 36 & 37 Vict., c. 66, ss. 16 and 34, all causes and matters that would have been assigned to the High Court of Admiralty were thenceforth assigned to the Probate, Divorce and Admiralty Division of the new High Court of Justice (O’Connor, at p. 6).

[182] The Probate, Divorce and Admiralty Division, however, seldom dealt with claims arising from the sale of goods. Admiralty law was considered to be separate from the ordinary municipal laws of the

[179] En bref, la jurisprudence canadienne dominante appuie notre conclusion selon laquelle la vente de marchandises, même dans le contexte maritime, est, en raison de son caractère véritable, une matière régie par le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

b) *Droit d’amirauté anglais*

[180] Malgré le fait que la jurisprudence canadienne ait généralement considéré la vente de marchandises dans le contexte maritime comme une matière relevant de la compétence législative provinciale sur la propriété et les droits civils, Wärtsilä insiste pour dire que notre Cour a interprété le terme « droit maritime canadien » qui figure dans la *LCF* comme comprenant « tout cet ensemble de règles de droit, appliquées en 1934 en Angleterre par la Haute Cour, en sa juridiction d’amirauté » (*ITO*, p. 771). Cet ensemble de règles de droit, selon Wärtsilä, comprend la *Sale of Goods Act, 1893* (R.-U.), 56 & 57 Vict., c. 71, de sorte que le droit maritime canadien devrait être considéré comme englobant le droit relatif à la vente de marchandises, et les lois provinciales relatives à ce domaine seraient inapplicables aux ventes effectuées dans le contexte maritime. Comme il a déjà été indiqué, nous n’acceptons pas l’idée que la définition du droit maritime canadien figurant dans la *LCF* soit déterminante sur la portée de la compétence législative du Parlement en matière de navigation et de bâtiments ou navires, et, quoi qu’il en soit, un examen des règles pertinentes du droit anglais n’étaye pas la thèse de Wärtsilä.

[181] Avant 1873, les litiges anglais en matière d’amirauté étaient instruits par la Haute Cour d’Amirauté. Après l’adoption des art. 16 et 34 de la *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (R.-U.), 36 & 37 Vict., c. 66, toutes les affaires dont la Haute Cour d’Amirauté était alors saisie ont été confiées à la Division des successions, des divorces et d’amirauté de la nouvelle Haute Cour de Justice (O’Connor, p. 6).

[182] Toutefois, la Division des successions, des divorces et d’amirauté a rarement été appelée à se prononcer sur des demandes relatives à la vente de marchandises. Le droit de l’amirauté était considéré

country (E. C. Mayers, *Admiralty Law and Practice in Canada* (1916), at pp. 41-42). And while our colleagues acknowledge that “English maritime law never formed a part of the ordinary municipal law of England”, we see the significance of this holding differently (para. 12). The sale of goods was considered to be part of the “commercial” or “mercantile” branch of the domestic laws of England (see, e.g., *The Parchim*, [1918] A.C. 157 (P.C.)). As a result, such claims — even claims involving the sale of ships or ship parts — were heard primarily at the King’s Bench Division of the High Court of Justice, rather than by the Probate, Divorce and Admiralty Division (see *Q.N.S.*, at pp. 695-96).

[183] To be clear then, although Wärtsilä relies on *Cammell Laird & Co. v. Manganese Bronze and Brass Co.*, [1933] 2 K.B. 141 (C.A.) for the proposition that the *Sale of Goods Act, 1893*, was part of English maritime law in 1934, *that case did not originate in the Probate, Divorce and Admiralty Division*, but in the King’s Bench Division. And, at the King’s Bench Division, the *Sale of Goods Act, 1893*, was applied not only to the sale of goods in a non-maritime context, but to sale of goods in a maritime context. And so, in *Cammell Laird*, the Court of Appeal applied the *Sale of Goods Act, 1893*, to the sale of propellers for a ship. Similarly, in *Behnke v. Bede Shipping Co.*, [1927] 1 K.B. 649, the *Sale of Goods Act, 1893* governed a dispute arising from the sale of a ship. And, in *Manchester Liners, Ltd. v. Rea, Ltd.*, [1922] 2 A.C. 74 (H.L.), it applied to the sale of coal for a steamship.

[184] Far from supporting Wärtsilä’s argument, then, the treatment of sale of goods in *Cammell Laird* tends to refute the proposition that the sale of goods in the maritime context formed part of that body of law “administered in England by the High Court on its Admiralty side in 1934” (*ITO*, at p. 771).

comme étant distinct des lois municipales ordinaires du pays (E. C. Mayers, *Admiralty Law and Practice in Canada* (1916), p. 41-42), et bien que nos collègues reconnaissent que « le droit maritime anglais n’a jamais fait partie du droit municipal ordinaire de l’Angleterre », nous voyons différemment l’importance de cette conclusion (par. 12). La vente de marchandises était considérée comme faisant partie de l’aspect « commercial » ou « mercantile » des lois internes de l’Angleterre (voir, p. ex., *The Parchim*, [1918] A.C. 157 (C.P.)). Par conséquent, de telles affaires — même celles ayant trait à la vente de navires ou de parties de navire — étaient généralement instruites par la Division du Banc du Roi de la Haute Cour de justice, plutôt que par la Division des successions, des divorces et d’amirauté (voir *Q.N.S.*, p. 695-696).

[183] En clair donc, bien que Wärtsilä s’appuie sur l’arrêt *Cammell Laird & Co. c. Manganese Bronze and Brass Co.*, [1933] 2 K.B. 141 (C.A.) pour étayer la proposition selon laquelle la *Sale of Goods Act, 1893*, faisait partie du droit maritime anglais en 1934, *cette décision n’a pas été rendue par la Division des successions, des divorces et d’amirauté*, mais par la Division du Banc du Roi. De plus, la Division du Banc du Roi a appliqué la *Sale of Goods Act, 1893*, non seulement à la vente de marchandises dans un contexte autre que maritime, mais aussi à la vente de marchandises dans un contexte maritime. Ainsi, dans l’arrêt *Cammell Laird*, la Cour d’appel a appliqué la *Sale of Goods Act, 1893*, à la vente d’hélices de navire. De même, dans la décision *Behnke c. Bede Shipping Co.*, [1927] 1 K.B. 649, la *Sale of Goods Act, 1893*, a régi un litige découlant de la vente d’un navire. Enfin, dans la décision *Manchester Liners, Ltd. c. Rea, Ltd.*, [1922] 2 A.C. 74 (H.L.), cette même loi a été appliquée à la vente de charbon pour un navire à vapeur.

[184] Loin d’étayer l’argument de Wärtsilä, le traitement de la vente de marchandises dans l’arrêt *Cammell Laird* tend donc à réfuter la proposition selon laquelle la vente de marchandises dans le contexte maritime faisait partie de l’ensemble des règles de droit « appliquées en 1934 en Angleterre par la Haute Cour, en sa juridiction d’amirauté » (*ITO*, p. 771).

[185] The historical body of law administered by the English admiralty courts differentiates this appeal from this Court’s decision in *Wire Rope*. In that case, the Court saw the jurisdiction of the Federal Court over negligence in the resocketing of a towing cable as passing directly from the English High Court of Admiralty. As we have shown, however, the sale of goods did not form part of the body of law administered by the English admiralty courts in 1934.

(c) *Conclusion on the Sale of Goods in the Maritime Context*

[186] The foregoing discussion leads us to conclude that the sale of goods, even in the maritime context, is a matter coming within the jurisdiction conferred on provincial legislatures by s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* — property and civil rights in the Province. We see nothing particularly “maritime” about the sale of goods that would require its consignment to Parliament’s legislative authority. Sale of goods does not involve the safe carriage of goods, shipping, the seaworthiness of a ship, good seamanship, or international maritime conventions. Nor are there special rules of procedure governing the sale of goods in the maritime context which would benefit from the uniform application across jurisdictions (trial judge reasons, at paras. 28-29).

[187] Our colleagues disagree. They contend that there are “federal contract rules over the sale of marine engine parts” which govern this dispute, including rules relating to “latent defects and limitations of liability” (paras. 63-69). They do not, however, identify precisely *which* federal contract rules they are referring to nor where exactly such rules can be found, other than to steadfastly insist that Canadian maritime law is “a seamless and ubiquitous web that is capable of resolving any legal dispute” (para. 13; see also paras. 10, 15, 17 and 46). It appears that our colleagues merely assume such rules exist, but cannot cite to them. We doubt such “federal contract

[185] L’ensemble historique de règles de droit appliquées par les cours d’amirauté d’Angleterre permet de différencier le présent pourvoi de la décision rendue par notre Cour dans l’affaire *Wire Rope*. Dans cet arrêt, notre Cour a estimé que la compétence de la Cour fédérale relativement à la négligence au cours du remboîtement d’un câble de remorquage provenait directement de la Haute Cour d’Amirauté anglaise. Comme nous l’avons démontré, cependant, la vente de marchandises ne faisait pas partie de l’ensemble des règles de droit appliquées en 1934 en Angleterre par les tribunaux d’amirauté.

c) *Conclusion concernant la vente de marchandises dans le contexte maritime*

[186] L’analyse qui précède nous amène à conclure que la vente de marchandises, même dans le contexte maritime, est une matière qui relève de la compétence conférée aux législatures provinciales en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* — la propriété et les droits civils dans la province. Nous ne voyons rien de particulièrement « maritime » concernant la vente de marchandises qui nécessiterait qu’elle tombe sous le coup de la compétence législative du Parlement. La vente de marchandises n’implique pas le transport sécuritaire de marchandises, le transport maritime, la navigabilité du navire, la bonne navigation ou les conventions maritimes internationales. Il n’existe pas non plus de règles de procédure spéciales régissant la vente de marchandises dans le contexte maritime qui bénéficieraient d’une application uniforme dans tous les ressorts (motifs de la juge de première instance, par. 28-29).

[187] Nos collègues ne sont pas de cet avis. Ils prétendent qu’il y a des « règles contractuelles fédérales qui s’appliquent à la vente de pièces de moteur de navire » qui régissent ce litige, notamment des règles qui concernent les « vices cachés et les limitations de responsabilité » (par. 63-69). Toutefois, ils n’indiquent pas précisément à *quelles* règles contractuelles fédérales ils se rapportent ni où exactement se trouvent ces règles; ils ne font qu’affirmer inébranlablement que le droit maritime canadien est « un ensemble de règles homogènes et universelles qui permet de résoudre tout différend juridique » (par. 13; voir aussi par. 10, 15, 17 et 46). Il semble que nos

rules” exist. At the very least, our colleagues’ claims that they *do* exist require greater justification.

[188] Nor, we would add, is it appropriate for our colleagues to develop *new rules* of Canadian maritime law in an attempt to fit TDI’s claim into the “seamless web” that is said by our colleagues to constitute the federal government’s authority over navigation and shipping. Where the provinces have developed a comprehensive body of law governing the sale of goods, there is no good reason for this Court to disregard it merely because the claim arising to a particular sale bears some relation to maritime activities. Furthermore, such an expansive definition of a federal head of power would be an affront to a principal source of provincial legislative competence to regulate local trade and commerce and, therefore, to the constitutional division of powers, which is the “primary textual expression of the principle of federalism in our Constitution, agreed upon at Confederation” (*Reference re Secession of Quebec*, at para. 47; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at para. 54).

[189] It follows that TDI’s claim against Wärtsilä raises a matter which is, in pith and substance, one of property and civil rights, exclusive legislative authority over which rests with the provincial legislatures under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. The provisions of the *C.C.Q.*, including arts. 1729 and 1733 thereof, govern this dispute.

[190] Before concluding, we stress that these reasons should not be seen as deciding whether it would or would not be constitutional for Parliament to legislate with respect to contracts of trade by sea, where the dominant or most important characteristic of the matter is not the sale of goods. For example, while

collègues supposent simplement que de telles règles existent, mais ne peuvent en citer aucune. Nous doutons de l’existence de telles « règles contractuelles fédérales ». À tout le moins, les affirmations que font nos collègues selon lesquelles elles *existent* nécessitent de plus amples justifications.

[188] En outre, nous ajoutons qu’il n’est pas non plus approprié que nos collègues élaborent de *nouvelles règles* de droit maritime canadien en vue de faire entrer la demande de TDI dans l’« ensemble de règles homogènes » qui, selon nos collègues, constitue la compétence du gouvernement fédéral en matière de navigation et de bâtiments ou navires. Lorsque les provinces ont élaboré un ensemble exhaustif de règles de droit régissant la vente de marchandises, la Cour ne dispose d’aucune raison valable de l’écarter simplement parce que la demande découlant d’une vente précise comporte un certain lien avec les activités maritimes. De plus, une telle définition large d’un chef de compétence fédérale serait contraire à la source principale de compétence législative provinciale visant la réglementation du commerce local et des échanges et, en conséquence, au partage constitutionnel des pouvoirs, qui est la « principale expression textuelle dans notre Constitution du principe du fédéralisme dont il a été convenu au moment de la Confédération » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 47; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 54).

[189] Il s’ensuit que la demande de TDI contre Wärtsilä soulève une question qui est, en raison de son caractère véritable, une matière relevant de la propriété et des droits civils, qui relève de la compétence législative exclusive dont sont investies les législatures provinciales en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les dispositions du *C.c.Q.*, notamment les art. 1729 et 1733, régissent le litige.

[190] Avant de conclure, nous tenons à souligner qu’il ne faudrait pas considérer que les présents motifs tranchent la question de savoir s’il serait contraire ou non à la Constitution que le Parlement légifère au sujet des contrats de commerce par voie maritime, lorsque la caractéristique dominante ou la plus

as we have explained the King’s Bench Division in England heard claims under the *Sale of Goods Act, 1893*, the Probate, Divorce and Admiralty Division *also* heard claims involving the sale of goods where a ship was the instrument of delivery. This was done *not* on the basis that the dominant characteristic of the matter was the sale of goods, but because they were *international matters*, going to the Admiralty courts’ jurisdiction to hear disputes about contracts made or performed beyond the sea (O’Connor, at pp. 13-14). We therefore expressly reserve comment regarding how the division of powers analysis would conclude where the claim arises from, for example, contracts such as Free on Board; Cost, Insurance, and Freight; and Cost and Freight, or where the passage of title, risks, and obligations take place in or on a ship (O’Connor, at p. 15). Similarly, we make no comment on the possible application of the double aspect doctrine.

[191] It is also important to note that there are no issues in this appeal with respect to international treaties or conventions. Different considerations might well apply in such cases that come before a Canadian court.

F. *Paramountcy and Interjurisdictional Immunity*

[192] Having determined that TDI’s claim raises, in pith and substance, a matter falling solely within s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, we need not consider whether to apply the doctrines of paramountcy or interjurisdictional immunity.

IV. Conclusion

[193] We would allow the appeal with costs in this Court and in the courts below. By operation of arts. 1729 and 1733 of the *C.C.Q.*, Wärtsilä, as a “professional seller”, cannot rely on its contractual

importante de l’affaire n’est pas la vente de marchandises. À titre d’exemple, bien que, comme nous l’avons vu, la Division du Banc du Roi d’Angleterre ait instruit des litiges régis par la *Sale of Goods Act, 1893*, la Division des successions, des divorces et d’amirauté a *aussi* entendu des litiges mettant en cause la vente de marchandises livrées par navire. Cela a été fait, *non pas* parce que la vente de marchandises constituait la caractéristique dominante de l’affaire, mais plutôt parce qu’il s’agissait d’*affaires internationales* relevant de la compétence des cours d’amirauté pour instruire les litiges relatifs à des contrats conclus ou exécutés outre-mer (O’Connor, p. 13-14). Nous choisissons donc expressément de ne pas nous prononcer sur la question de savoir à quelle conclusion mènerait l’analyse relative au partage des compétences s’il s’agissait d’une demande découlant, par exemple, d’un contrat franco à bord, d’un contrat coût, assurance et fret ou d’un contrat coût et fret, ou encore d’un cas où le transfert de titres et des risques ainsi que les obligations ont lieu dans ou sur un navire (O’Connor, p. 15). De même nous ne formulons aucun commentaire sur l’application possible de la théorie du double aspect.

[191] Il importe également de signaler qu’aucun traité ou convention international n’entre en jeu en l’espèce. D’autres considérations pourraient être pertinentes si un tribunal canadien devait se prononcer dans de tels cas.

F. *La prépondérance et l’exclusivité des compétences*

[192] Ayant conclu que la demande de TDI concerne une question qui, de par son caractère véritable, relève uniquement du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il n’est pas nécessaire que nous examinions l’applicabilité de la doctrine de la prépondérance ou de celle de l’exclusivité des compétences.

IV. Conclusion

[193] Nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures. Par application des art. 1729 et 1733 du *C.c.Q.*, Wärtsilä, en tant que « vendeur

limitation of liability, and TDI is entitled to the full agreed-upon quantum of damages of \$5,661,830.33.

Appeal allowed with costs throughout.

Solicitors for the appellants: Brisset Bishop, Montréal.

Solicitors for the respondents: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

professionnel », ne peut se prévaloir de la clause de limitation de responsabilité et TDI est en droit de recevoir la totalité du montant convenu des dommages-intérêts, qui s'élève à 5 661 830,33 \$.

Pourvoi accueilli avec dépens dans toutes les cours.

Procureurs des appelantes : Brisset Bishop, Montréal.

Procureurs des intimées : Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

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

Procureur de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

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