



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 1, 2011 Vol. 1**

**1<sup>er</sup> cahier, 2011 Vol. 1**

**Cited as [2011] 1 S.C.R. 3-268**

**Renvoi [2011] 1 R.C.S. 3-268**

---



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

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiŕiste en chef  
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

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

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

	Jurilinguists / Jurilinguistes	
DAVID AUBRY	MARIE RODRIGUE	MARIE-LUC SIMONEAU
STEPHEN BALOGH		CLAIRE VALLÉE

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

	Technical Revisors / Réviseurs techniques	
SUZANNE AUDET	NANCY MCCAUGHAN	ANNE-MARIE NOËL
RITA AYOTTE	PAULINE MCTAVISH	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjointŕs administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ                      MANON PLOUFFE

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

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

## CONTENTS

### **Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc. .... 214**

Civil procedure — Class actions — Defamation — Action in defamation on behalf of group following racist comments made during radio show — Whether representative plaintiff must prove that each group member suffered personal injury — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1457.

Civil liability — Defamation — Injury — Objective standard of “ordinary person” — Action in defamation on behalf of group following racist comments made during radio show — Whether ordinary person would have found that the group members had sustained personal injury — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1457.

### **Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General) ..... 19**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Freedom of the press — Courthouses — Rules of practice and directive issued by Ministère de la Justice limiting filming, taking photographs and conducting interviews to predetermined locations and prohibiting broadcasting of official audio recordings of hearings — Whether these measures infringe freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Rules of practice of the Superior Court of Québec in civil matters, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8, rules 38.1, 38.2 — Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division, 2002, SI/2002-46 (am. SI/2005-19), ss. 8.A, 8.B.

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits prescribed by law — Directive issued by Ministère de la Justice limiting filming, taking photographs and conducting interviews to predetermined locations in courthouses — Directive infringing freedom of expression — Whether directive meets “prescribed by law” requirement of s. 1 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

### **Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen ..... 65**

Criminal law — Procedure — Broadcasting ban — Open court principle — Video recording of statement made to police by accused tendered in evidence at trial — Media organizations applying for permission to broadcast recording of statement — Expressive activity protected by freedom of expression — Order within discretion of trial judge — Whether motion must be decided by applying Dagenais/Mentuck test.

Courts — Superior Court — Broadcasting ban — Rules of practice prohibiting any broadcasting of recording of hearing — Whether prohibition applies to broadcasting of exhibit tendered in evidence — Rules of Practice of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc. .... 214**

Procédure civile — Recours collectif — Diffamation — Poursuite en diffamation au nom d'un groupe à la suite de propos racistes tenus lors d'une émission de radio — Le membre représentant doit-il prouver l'existence d'un préjudice personnel chez chacun des membres du groupe? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457.

Responsabilité civile — Diffamation — Préjudice — Norme objective du « citoyen ordinaire » — Poursuite en diffamation au nom d'un groupe à la suite de propos racistes tenus lors d'une émission de radio — Le citoyen ordinaire aurait-il conclu que les membres du groupe ont subi un préjudice personnel? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457.

### **Celgene Corp. c. Canada (Procureur général) ..... 3**

Législation — Interprétation législative — Portée des pouvoirs de réglementation des prix et de réparation du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés — Signification de « vente [. . .] sur l[e] march[e] canadien » — Le concept doit-il être interprété en fonction des principes du droit commercial ou doit-il plutôt être défini d'une manière qui tienne compte du contexte et de l'objet de la législation pertinente? — Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 80(1)b, 83(1), 85.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Caractère raisonnable de l'interprétation par le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés de sa loi habilitante — Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 80(1)b, 81(1), 83(1), 85.

### **R. c. Ahmad ..... 110**

Droit constitutionnel — Validité de la loi — Pouvoir de trancher les questions de divulgation de renseignements ayant trait aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale conféré à la Cour fédérale par le régime établi par l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada — La décision du législateur de limiter le pouvoir des cours supérieures de trancher ces questions empiète-t-elle de manière inacceptable sur la compétence fondamentale de ces tribunaux? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 38 à 38.16 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Pouvoir de trancher les questions de divulgation de renseignements ayant trait aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale conféré à la Cour fédérale par le régime établi par l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada — L'attribution de ce pouvoir à la Cour fédérale empêche-t-elle les juges des cours supérieures de garantir un procès équitable? — Loi sur la preuve au Canada,

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division, 2002, SI/2002-46 (am. SI/2005-19), ss. 8, 8.A.

### **Celgene Corp. v. Canada (Attorney General) ..... 3**

Legislation — Statutory interpretation — Scope of the Patented Medicine Prices Review Board's price-regulating and remedial authority — Meaning of "sold in any market in Canada" — Whether concept should be interpreted in accordance with commercial law principles or be responsive to surrounding legislative context and purpose — Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, ss. 80(1)(b), 83(1), 85.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Reasonableness of Patented Medicine Prices Review Board's interpretation of its enabling legislation — Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, ss. 80(1)(b), 81(1)(a), 83(1), 85.

### **R. v. Ahmad ..... 110**

Constitutional law — Validity of legislation — Section 38 scheme of Canada Evidence Act granting jurisdiction to Federal Court to determine questions of disclosure of information pertaining to international relations, national defence or national security — Whether Parliament's decision to limit superior courts from determining those questions impermissibly invades core jurisdiction of superior courts — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 38 to 38.16 — Constitution Act, 1867, s. 96.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Section 38 scheme of Canada Evidence Act granting jurisdiction to Federal Court to determine questions of disclosure of information pertaining to international relations, national defence or national security — Whether attribution of jurisdiction to Federal Court impedes ability of superior court judges to ensure conduct of fair trial — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 38 to 38.16 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

### **R. v. Bruce ..... 76**

Criminal law — Reasonable verdict — Appellant challenging adequacy of evidence identifying him as assailant — Whether decision of trial judge supported by evidence.

### **R. v. Caron ..... 78**

Courts — Jurisdiction — Interim costs — Serious constitutional issue arising in provincial court — Superior court making order for interim costs in provincial court proceeding — Whether superior court has inherent jurisdiction to grant interim costs in litigation taking place in the provincial court — If so, whether criteria for an interim costs order were met.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 38 à 38.16 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

### **R. c. Bruce ..... 76**

Droit criminel — Verdict raisonnable — Contestation par l'appelant du caractère suffisant de la preuve l'identifiant comme étant l'agresseur — La décision du juge du procès est-elle appuyée par la preuve?

### **R. c. Caron ..... 78**

Tribunaux — Compétence — Provisions pour frais — Importante question constitutionnelle soulevée en cour provinciale — Ordonnance de provision pour frais rendue par la cour supérieure dans l'instance devant la cour provinciale — La cour supérieure a-t-elle la compétence inhérente nécessaire pour accorder une provision pour frais dans un litige devant la cour provinciale? — Dans l'affirmative, les conditions auxquelles est assujettie l'attribution d'une provision pour frais ont-elles été remplies?

Dépens — Provisions pour frais — La cour supérieure a-t-elle la compétence inhérente nécessaire pour accorder une provision pour frais dans un litige devant la cour provinciale? — Dans l'affirmative, les conditions auxquelles est assujettie l'attribution d'une provision pour frais ont-elles été remplies?

### **R. c. Miljevic ..... 203**

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Questions du jury — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en répondant aux questions du jury?

### **Smith c. Alliance Pipeline Ltd. .... 160**

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Expropriation d'un terrain par une compagnie de pipeline aux termes d'un contrat — Indemnisation partielle de la partie expropriée et constitution d'un comité d'arbitrage sur les pipelines en vertu de la Loi sur l'Office national de l'énergie — Action intentée devant la Cour du Banc de la Reine puis retirée par la compagnie — Dissolution du premier comité et constitution d'un second comité — Octroi par le second comité des frais afférents aux instances devant les deux comités et des dépens relatifs à l'action devant la cour — La norme de la décision raisonnable s'applique-t-elle à la décision du second comité sur les frais et dépens? — Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. 1985, ch. N-7, art. 75, 99(1).

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Frais et dépens — Expropriation d'un terrain par une compagnie de pipeline aux termes d'un contrat — Indemnisation partielle de la partie expropriée et constitution d'un comité d'arbitrage sur les pipelines en vertu de la Loi sur l'Office national de l'énergie — Action

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Costs — Interim costs — Whether superior court has inherent jurisdiction to grant interim costs in litigation taking place in the provincial court — If so, whether criteria for an interim costs order were met.

### **R. v. Miljevic** ..... 203

Criminal law — Trial — Charge to jury — Questions from jury — Whether trial judge erred in response to jury's questions.

### **Smith v. Alliance Pipeline Ltd.** ..... 160

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Land expropriated by pipeline company pursuant to agreement — Expropriated party not fully compensated and Pipeline Arbitration Committee appointed pursuant to National Energy Board Act — Queen's Bench action commenced by company and then discontinued — First committee aborted and a second committee appointed — Second committee awarding costs for proceedings before both committees and for court action — Whether standard of reasonableness applicable to second committee's decision on costs — National Energy Board Act, R.S.C. 1985, c. N-7, ss. 75, 99(1).

Administrative law — Boards and Tribunals — Jurisdiction — Costs — Land expropriated by pipeline company pursuant to agreement — Expropriated party not fully compensated and Pipeline Arbitration Committee appointed pursuant to National Energy Board Act — Queen's Bench action commenced by company and then discontinued — First committee aborted and a second committee appointed — Second committee awarding costs for proceedings before both committees and for court action — Whether tribunal having jurisdiction to order such costs — National Energy Board Act, R.S.C. 1985, c. N-7, ss. 75, 99(1).

## SOMMAIRE (Fin)

intentée devant la Cour du Banc de la Reine puis retirée par la compagnie — Dissolution du premier comité et constitution d'un second comité — Octroi par le second comité des frais afférents aux instances devant les deux comités et des dépens relatifs à l'action devant la cour — Le tribunal administratif est-il habilité à accorder ces frais et dépens? — Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. 1985, ch. N-7, art. 75, 99(1).

### **Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)** ..... 19

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Liberté de la presse — Palais de justice — Règles de pratique et directive du ministère de la justice limitant la prise d'images et la tenue d'entrevues à des endroits prédéterminés et interdisant la diffusion des enregistrements sonores officiels des audiences — Ces mesures portent-elles atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Règlement de procédure civile (Cour supérieure), R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 8, règles 38.1, 38.2 — Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle (2002), TR/2002-46 (mod. TR/2005-19), art. 8A, 8B.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables prévues par une règle de droit — Directive du ministère de la justice limitant la prise d'images et la tenue d'entrevues à des endroits prédéterminés dans les palais de justice — Directive portant atteinte à la liberté d'expression — La directive constitue-t-elle une « règle de droit » au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés?

### **Société Radio-Canada c. La Reine** ..... 65

Droit criminel — Procédure — Interdiction de diffusion — Principe de la publicité des débats judiciaires — Enregistrement vidéo d'une déclaration de l'accusé faite aux policiers déposé en preuve au procès — Requête des médias visant à obtenir l'autorisation de diffuser l'enregistrement de la déclaration — Activité expressive protégée par la liberté d'expression — Ordonnance relevant du pouvoir discrétionnaire du juge du procès — La requête doit-elle être décidée selon la grille d'analyse établie dans les arrêts Dagenais/Mentuck?

Tribunaux — Cour supérieure — Interdiction de diffusion — Règles de procédure interdisant la diffusion de tout enregistrement sonore des audiences — La diffusion d'une pièce déposée en preuve est-elle visée par cette interdiction? — Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle (2002), TR/2002-46 (mod. TR/2005-19), art. 8, 8A.

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Volume 1, 2011**

**1<sup>er</sup> volume, 2011**





**Celgene Corporation** *Appellant*

v.

**Attorney General of Canada** *Respondent***INDEXED AS: CELGENE CORP. v. CANADA  
(ATTORNEY GENERAL)****2011 SCC 1**

File No.: 33579.

2010: November 10; 2011: January 20.

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

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL**

*Legislation — Statutory interpretation — Scope of the Patented Medicine Prices Review Board's price-regulating and remedial authority — Meaning of "sold in any market in Canada" — Whether concept should be interpreted in accordance with commercial law principles or be responsive to surrounding legislative context and purpose — Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, ss. 80(1)(b), 83(1), 85.*

*Administrative law — Judicial review — Standard of review — Reasonableness of Patented Medicine Prices Review Board's interpretation of its enabling legislation — Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, ss. 80(1)(b), 81(1)(a), 83(1), 85.*

C is a New Jersey-based distributor of a pharmaceutical sold under the brand name Thalomid. Since 1995, C's sales of this drug to Canadians have been made pursuant to the Special Access Programme ("SAP") as C did not get a Notice of Compliance from Health Canada to sell the medicine in Canada. When a Canadian doctor orders Thalomid under the SAP, the medicine is packed in C's facilities in the U.S. and shipped Free on Board to the doctor in Canada. C prepares an invoice in New Jersey, mails it to Canada, and directs that payment be made in U.S. dollars and couriered or mailed to C in New Jersey. No Canadian taxes are paid on these transactions. The drug is never redistributed in Canada and any unused portions must be returned to C's facility in Pennsylvania.

**Celgene Corporation** *Appelante*

c.

**Procureur général du Canada** *Intimé***RÉPERTORIÉ : CELGENE CORP. c. CANADA  
(PROCUREUR GÉNÉRAL)****2011 CSC 1**

N° du greffe : 33579.

2010 : 10 novembre; 2011 : 20 janvier.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

*Législation — Interprétation législative — Portée des pouvoirs de réglementation des prix et de réparation du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés — Signification de « vente [...] sur l[e] march[é] canadien » — Le concept doit-il être interprété en fonction des principes du droit commercial ou doit-il plutôt être défini d'une manière qui tienne compte du contexte et de l'objet de la législation pertinente? — Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 80(1)(b), 83(1), 85.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Caractère raisonnable de l'interprétation par le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés de sa loi habilitante — Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 80(1)(b), 81(1), 83(1), 85.*

C, une société établie au New Jersey, est le distributeur d'un médicament vendu sous la marque nominative Thalomid. Depuis 1995, les ventes par C de ce médicament à des Canadiens ont été effectuées par le Programme d'accès spécial (« PAS »), comme C n'avait pas obtenu d'avis de conformité de Santé Canada lui permettant de vendre ce médicament au Canada. Quand un médecin canadien commande du Thalomid au moyen du PAS, le médicament est emballé dans les bureaux de C aux États-Unis et acheminé, franco à bord, au médecin au Canada. C prépare sa facture au New Jersey, l'envoie par la poste au Canada et ordonne que le paiement soit effectué en dollars américains et envoyé par messagerie ou par la poste à ses bureaux du New Jersey. Aucune taxe canadienne n'est perçue sur ces transactions. Le médicament n'est jamais redistribué au Canada et toutes les doses inutilisées doivent être renvoyées à l'établissement de C en Pennsylvanie.

When C obtained the Canadian patent in relation to Thalomid in 2006, the Patented Medicine Prices Review Board (“Board”) advised C that it now had jurisdiction to request pricing information from C from the time it first sold Thalomid through the SAP in 1995. C initially provided some pricing information; however, it refused to continue supplying the requested information, arguing that under commercial law principles, the medicine was “sold” in New Jersey and was outside the Board’s authority under s. 80(1)(b) of the *Patent Act*. The Board concluded that C’s Thalomid sales to Canadians pursuant to SAP were sales “in any market in Canada” and fell within both its authority for price investigation and its related remedial powers. The Board’s decision was initially reversed on judicial review but the Federal Court of Appeal agreed with the Board’s interpretation of its mandate.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The legislative context and the consumer protection purpose of ss. 80(1)(b), 83(1) and 85 of the *Patent Act* support the Board’s conclusion that, based on the language of the provisions, it has authority over C’s sales of Thalomid to Canadians through the SAP. The Board was justified in concluding that in order to comply with its mandate, sales “in any market in Canada” for the purposes of the relevant provisions, should be interpreted to include sales of medicines that are regulated by the public laws of Canada, will be delivered and dispensed in Canada, and where, in particular, the cost of the medicine will be borne by Canadians. All of these prerequisites are satisfied in the case of C’s sales of Thalomid to Canadians through the SAP.

The Board’s interpretation of its mandate under the relevant provisions was consistent with its consumer protection purpose and should not be disturbed. The Board is responsible for ensuring that the monopoly that accompanies the granting of a patent is not abused to the financial detriment of Canadian consumers. While words like “sold” may well have a commercial law meaning in some statutory contexts, accepting a technical commercial law definition in this context would undermine the Board’s consumer protection objectives by preventing it from protecting Canadian purchasers of medicine entering Canada through the SAP.

Quand C a obtenu un brevet canadien à l’égard du Thalomid en 2006, le Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés (« Conseil ») a avisé C qu’il pouvait maintenant exiger d’elle les renseignements sur le prix à compter de la date de la première vente de Thalomid dans le cadre du PAS, soit en 1995. C a d’abord fourni quelques renseignements sur le prix; cependant, elle a refusé de fournir d’autres renseignements au motif que, en vertu des principes du droit commercial, la « vente » du médicament était effectuée au New Jersey et que le Conseil n’avait pas le pouvoir d’exiger les renseignements visés à l’al. 80(1)(b) de la *Loi sur les brevets*. Le Conseil a conclu que les ventes de Thalomid à des Canadiens réalisées par C dans le cadre du PAS constituaient des ventes « sur l[e] march[é] canadien » et relevaient de sa compétence en matière d’enquête sur les prix et de ses pouvoirs de réparation connexes. La décision du Conseil a d’abord été infirmée lors du contrôle judiciaire, mais la Cour d’appel fédérale a souscrit à l’interprétation faite par le Conseil de son mandat.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Le contexte législatif, ainsi que l’objectif de protection du consommateur de l’al. 80(1)(b), du par. 83(1) et de l’art. 85 de la *Loi sur les brevets* étayaient la conclusion du Conseil selon laquelle, d’après le libellé de ces dispositions, il a compétence sur les ventes de Thalomid par C à des Canadiens dans le cadre du PAS. Le Conseil pouvait à bon droit conclure que pour respecter son mandat, il fallait, pour l’application des dispositions pertinentes, considérer que les ventes « sur l[e] march[é] canadien » ou « sur un marché canadien » couvrent les ventes des médicaments régis par le droit public au Canada, qui sont livrés et administrés au Canada ainsi que les prix lorsque le coût du médicament est à la charge des Canadiens. Les ventes de Thalomid aux Canadiens effectuées par C dans le cadre du PAS remplissent toutes ces conditions.

L’interprétation par le Conseil de son mandat au titre des dispositions en litige respectait son objectif en matière de protection des consommateurs et ne devrait pas être modifiée. Le Conseil est chargé de veiller à ce que le breveté n’abuse pas financièrement du monopole découlant de la délivrance d’un brevet, au détriment des consommateurs canadiens. Bien que les mots tels que « vente » puissent fort bien avoir le sens qui leur est attribué en droit commercial dans certains contextes législatifs, accepter la définition technique de droit commercial dans ce cas irait à l’encontre des objectifs de protection du consommateur du Conseil en l’empêchant de protéger les acheteurs canadiens de médicaments entrant au Canada dans le cadre du PAS.

Although the Board's decision is unassailable under either standard of review, the operative standard is reasonableness.

### Cases Cited

**Distinguished:** *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, 2001 SCC 36, [2001] 2 S.C.R. 100; **referred to:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Public Service Alliance of Canada v. Canadian Federal Pilots Assn.*, 2009 FCA 223, [2010] 3 F.C.R. 219; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Dole Refrigerating Products Ltd. v. Canadian Ice Machine Co.* (1957), 28(2) C.P.R. 32; *Domco Industries Ltd. v. Mannington Mills, Inc.* (1990), 29 C.P.R. (3d) 481, leave to appeal refused, [1990] 2 S.C.R. vi; *ICN Pharmaceuticals Inc. v. Patented Medicine Prices Review Board* (1996), 108 F.T.R. 190, aff'd [1997] 1 F.C. 32; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Patent Act and to provide for certain matters in relation thereto*, S.C. 1987, c. 41.  
*Food and Drug Regulations*, C.R.C. 1978, c. 870, ss. C.08.002, C.08.004, C.08.010, C.08.011.  
*Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4, ss. 80(1)(b), 81(1)(a), 83(1), 85.  
*Patent Act Amendment Act, 1992*, S.C. 1993, c. 2.

### Authors Cited

Canada. Health Canada. *Guidance Document for Industry and Practitioners: Special Access Programme for Drugs*. Ottawa: Health Canada, 2008.  
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. I, 2nd Sess., 33rd Parl., November 20, 1986, pp. 1369, 1373.  
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. XII, 3rd Sess., 34th Parl., December 10, 1992, pp. 14998, 15001.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Evans, Sharlow and Ryer JJ.A.), 2009 FCA 378, 315 D.L.R. (4th) 270, 398 N.R. 233, 100 Admin. L.R. (4th) 244, 81 C.P.R. (4th) 93, [2009] F.C.J. No. 1666 (QL), 2009 CarswellNat 4439, setting aside a decision of Campbell J., 2009 FC 271, 344 F.T.R. 45, 81 C.P.R. (4th) 79, [2009] F.C.J. No.

Même si la décision du Conseil est inattaquable, quelle que soit la norme de contrôle appliquée, la norme de la décision raisonnable est la norme applicable.

### Jurisprudence

**Distinction d'avec l'arrêt :** *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, 2001 CSC 36, [2001] 2 R.C.S. 100; **arrêts mentionnés :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Assoc. des pilotes fédéraux du Canada*, 2009 CAF 223, [2010] 3 R.C.F. 219; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Dole Refrigerating Products Ltd. c. Canadian Ice Machine Co.* (1957), 28(2) C.P.R. 32; *Domco Industries Ltd. c. Mannington Mills, Inc.* (1990), 29 C.P.R. (3d) 481, autorisation d'appel refusée, [1990] 2 R.C.S. vi; *ICN Pharmaceuticals, Inc. c. Canada (Personnel du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*, [1996] A.C.F. n° 206 (QL), conf. par [1997] 1 C.F. 32; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678.

### Lois et règlements cités

*Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets*, L.C. 1993, ch. 2.  
*Loi modifiant la Loi sur les brevets et prévoyant certaines dispositions connexes*, L.C. 1987, ch. 41.  
*Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 80(1)(b), 81(1), 83(1), 85.  
*Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C. 1978, ch. 870, art. C.08.002, C.08.004, C.08.010, C.08.011.

### Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. I, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., 20 novembre 1986, p. 1369, 1373-1374.  
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XII, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 10 décembre 1992, p. 14998, 15001.  
 Canada. Santé Canada. *Ligne directrice à l'intention de l'industrie et des praticiens : Programme d'accès spécial — médicaments*. Ottawa : Santé Canada, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Evans, Sharlow et Ryer), 2009 CAF 378, 315 D.L.R. (4th) 270, 398 N.R. 233, 100 Admin. L.R. (4th) 244, 81 C.P.R. (4th) 93, [2009] A.C.F. n° 1666 (QL), 2009 CarswellNat 5494, qui a annulé une décision du juge Campbell, 2009 CF 271, 344 F.T.R. 45, 81 C.P.R. (4th) 79, [2009] F.C.J.

668 (QL), 2009 CarswellNat 1499. Appeal dismissed.

*William Vanveen and Henry S. Brown, Q.C.*, for the appellant.

*Christopher Rupar and Jan Brongers*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — The Patented Medicine Prices Review Board (“Board”) has authority under ss. 80(1)(b) and 81(1)(a) of the *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4, to require a patentee of a medicine to provide it with information so it can investigate the price at which the medicine “is being or has been sold in any market in Canada”. If the Board finds that the price charged is excessive, under s. 83(1) it can order that the price be reduced. This appeal centres on a single issue: whether the concept of “sold in any market in Canada” in the relevant provisions should be interpreted strictly in accordance with commercial law principles, or whether its definition should be responsive to the surrounding legislative context and purpose.

### Background

[2] Celgene Corporation is the New Jersey-based distributor of a pharmaceutical sold under the brand name Thalomid. This drug contains the active ingredient thalidomide. Thalomid has proven to be an effective treatment for conditions such as leprosy and multiple myeloma and is approved for those uses in the United States.

[3] Most sales of medicines in Canada occur after Health Canada is satisfied of the medicine’s safety and effectiveness and has issued a Notice of Compliance (“NOC”) pursuant to ss. C.08.002 and C.08.004 of the *Food and Drug Regulations*, C.R.C. 1978, c. 870. Where the manufacturer has not applied for an NOC, or Health Canada has not yet granted one, medicines may in some cases be sold to medical practitioners through an alternate route — the Special Access Programme (“SAP”):

No. 668 (QL), 2009 CarswellNat 1499. Pourvoi rejeté.

*William Vanveen et Henry S. Brown, c.r.*, pour l’appelante.

*Christopher Rupar et Jan Brongers*, pour l’intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Le Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés (« Conseil ») est habilité par l’al. 80(1)(b) et le par. 81(1) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4, à enjoindre le breveté de lui fournir des renseignements pour qu’il puisse faire enquête sur « le prix de vente — antérieur ou actuel — du médicament sur l[e] march[é] canadien ». Si le Conseil estime que le prix pratiqué est excessif, il peut, en vertu du par. 83(1), en ordonner la réduction. Le présent pourvoi soulève une seule question : Le concept de « vente [ . . . ] sur l[e] march[é] canadien » dans les dispositions pertinentes doit-il être interprété strictement en fonction des principes du droit commercial ou doit-il plutôt être défini d’une manière qui tienne compte du contexte et de l’objet de la législation pertinente?

### Contexte

[2] La société Celgene Corporation, qui est établie au New Jersey, est le distributeur d’un médicament vendu sous la marque nominative Thalomid. Ce médicament contient de la thalidomide, qui en est l’ingrédient actif. Le Thalomid s’est révélé efficace pour traiter certaines pathologies telles que la lèpre et le myélome multiple et il a été approuvé pour ces utilisations aux États-Unis.

[3] Dans la plupart des cas, les médicaments vendus au Canada le sont une fois que Santé Canada est persuadé de l’innocuité et de l’efficacité du médicament concerné et a délivré un avis de conformité conformément aux art. C.08.002 et C.08.004 du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C. 1978, ch. 870. Quand le fabricant ne présente pas de demande d’avis de conformité, ou que Santé Canada n’a pas encore délivré un tel avis, un médicament peut néanmoins dans certains cas être

see *Food and Drug Regulations*, ss. C.08.010 and C.08.011. The SAP has been interpreted to allow access to drugs not otherwise available in a particular market for the treatment of “serious or life-threatening conditions where conventional therapies have failed, are unsuitable, or are unavailable either as marketed products or through enrollment in clinical trials”: Health Canada, *Guidance Document for Industry and Practitioners: Special Access Programme for Drugs* (2008), at p. 1.

[4] There is no limit on the volume of sales that can be made pursuant to the SAP, nor on the period of time that a manufacturer may supply the medicine through it. If Health Canada approves the request for sales pursuant to the SAP, the manufacturer is authorized to sell the medicine for the use of the specific patient or clinical trial identified in the request.

[5] Celgene did not get an NOC for Thalomid. Since 1995, its sales of this drug to Canadians have been made pursuant to the SAP. Of the approximately 26,000 requests made under the SAP in 2006 by medical practitioners, approximately 4,500 were for Thalomid, making it the most frequently sourced drug under the SAP.

[6] When a Canadian doctor orders Thalomid under the SAP, the medicine is packed in Celgene’s facilities in the United States and shipped Free on Board to the doctor in Canada. Celgene prepares an invoice in New Jersey, mails it to Canada, and directs that payment be made in U.S. dollars and couriered or mailed to Celgene in New Jersey. No Canadian taxes are paid on these transactions. The drug is never redistributed in Canada — any unused portions must be returned to a Celgene facility in Pennsylvania.

vendu aux praticiens, par le truchement d’une autre voie — le Programme d’accès spécial (« PAS ») : voir le *Règlement sur les aliments et drogues*, art. C.08.010 et C.08.011. Le PAS a été décrit comme un mécanisme permettant de donner accès à des médicaments qui, autrement, ne sont pas disponibles sur un marché particulier pour le traitement de « maladies graves ou mortelles, lorsque les traitements classiques se sont révélés inefficaces, ne conviennent pas ou ne sont pas disponibles, sous la forme de produits commercialisés ou dans le cadre d’essais cliniques » : Santé Canada, *Ligne directrice à l’intention de l’industrie et des praticiens : Programme d’accès spécial — médicaments* (2008), p. 1.

[4] Ni le volume des ventes d’un médicament qui peuvent être effectuées dans le cadre du PAS ni la période pendant laquelle un fabricant peut distribuer le médicament par cette voie ne sont assujettis à quelque limite que ce soit. Si Santé Canada approuve la demande de vente du médicament au titre du PAS, le fabricant est autorisé à vendre son produit pour le traitement d’un patient nommé ou pour l’essai clinique visé dans la demande.

[5] Celgene n’a pas obtenu d’avis de conformité pour le Thalomid. Depuis 1995, ses ventes de ce médicament à des Canadiens ont été effectuées par le PAS. Des quelque 26 000 demandes présentées par des praticiens en vertu de ce programme en 2006, environ 4 500 concernaient le Thalomid, ce qui en faisait le médicament le plus souvent commandé par cette voie.

[6] Quand un médecin canadien commande du Thalomid au moyen du PAS, le médicament est emballé dans les bureaux de Celgene aux États-Unis et acheminé, franco à bord, au médecin au Canada. Celgene prépare sa facture au New Jersey, l’envoie par la poste au Canada et ordonne que le paiement soit effectué en dollars américains et envoyé par messagerie ou par la poste à ses bureaux du New Jersey. Aucune taxe canadienne n’est perçue sur ces transactions. Le médicament n’est jamais redistribué au Canada — toutes les doses inutilisées doivent être renvoyées à l’établissement de Celgene en Pennsylvanie.

[7] Celgene obtained a Canadian patent in relation to Thalomid on April 4, 2006. Seven days later, the Board advised Celgene that in view of this patent, the Board now had jurisdiction to request pricing information from Celgene from the time it first sold Thalomid through the SAP in 1995.

[8] Celgene initially provided some pricing information without prejudice to its position that the Board lacked jurisdiction to obtain it. Ultimately, however, it refused to continue supplying the requested information, arguing that because, under commercial law principles, the medicine was “sold” in New Jersey, it was outside the Board’s authority under s. 80(1)(b), which extended only to medicine “sold . . . in Canada”.

[9] A motion was brought to the Board seeking an order that Celgene provide the pricing information so a determination could be made by the Board as to whether the price charged to Canadian purchasers was excessive.

[10] In its decision, the Board acknowledged that the medicine was sold through Celgene’s head office in New Jersey and that, as the parties freely acknowledged, New Jersey would be considered the *locus* of the sale for commercial law purposes (PMPRB-07-D1-THALOMID). But in the Board’s view, ordinary commercial law definitions of place of sale were not germane to, let alone determinative of its authority. While commercial law principles for determining where a sale took place are helpful in enforcing contractual terms and determining the physical location at which risk to the goods and transportation costs pass from the vendor to the purchaser, the Board concluded that its authority under the *Patent Act* is unrelated to allocation of risk, cost of transportation, or choice of law in a contractual dispute. Because its mandate includes protecting Canadians from excessive prices that may be charged for patented medicines, it concluded that sales “in any market in Canada” include sales of medicine that are regulated by Canadian law, that will be delivered and used in Canada,

[7] Celgene a obtenu un brevet canadien à l’égard du Thalomid le 4 avril 2006. Sept jours plus tard, le Conseil a avisé Celgene que vu l’existence de ce brevet, il pouvait maintenant exiger d’elle les renseignements sur le prix à compter de la date de la première vente de Thalomid dans le cadre du PAS, soit en 1995.

[8] Celgene a d’abord fourni quelques renseignements sur le prix sans renoncer à sa position selon laquelle le Conseil n’avait pas compétence pour les exiger. Cependant, elle a fini par refuser de fournir d’autres renseignements au motif que, en vertu des principes du droit commercial, la « vente » du médicament était effectuée au New Jersey et que, par conséquent, le Conseil n’avait pas le pouvoir d’exiger les renseignements visés à l’al. 80(1)b), pouvoir dont la portée est limitée selon elle aux médicaments vendus au Canada.

[9] Une requête a ensuite été adressée au Conseil lui demandant d’ordonner à Celgene de produire les renseignements visés, afin qu’il puisse déterminer si le prix pratiqué à l’égard des acheteurs canadiens était excessif.

[10] Dans sa décision, le Conseil a reconnu que le médicament était vendu par le siège social de Celgene situé au New Jersey et, comme l’ont volontiers admis les parties, que le New Jersey est considéré comme le lieu de vente en droit commercial (CEPMB-07-D1-THALOMID). Toutefois, selon le Conseil, les définitions ordinaires du lieu de vente en droit commercial n’étaient pas pertinentes, et encore moins déterminantes, en ce qui concerne sa compétence. Bien que les principes du droit commercial permettant d’établir le lieu de la vente se révèlent utiles pour faire respecter des clauses contractuelles et pour déterminer l’endroit où les risques associés à la marchandise ainsi que les coûts de transport passent du vendeur à l’acheteur, le Conseil a conclu que le pouvoir qui lui est conféré par la *Loi sur les brevets* ne porte aucunement sur l’attribution des risques, les coûts de transport ou le choix du droit applicable en cas de litige de nature contractuelle. Comme son mandat consiste notamment à protéger les Canadiens en veillant à ce que les médicaments brevetés ne soient pas vendus

and where the cost of the medicine will be borne by Canadians. Since the SAP is a Canadian law, Celgene's sales under this programme are included in this mandate.

[11] Moreover, in the Board's view, an interpretation that is based on the commercial law approach to the location of the sale would have the incongruous effect of giving it authority over commercial sales made in Canada to *foreign* purchasers. This would be inconsistent with its statutory mandate to protect *Canadian* consumers. It therefore concluded that Celgene's Thalomid sales to Canadians pursuant to the SAP fell within both its authority for price investigation and its related remedial powers.

[12] On judicial review, Campbell J. found that this was a jurisdictional issue and that the appropriate standard of review was correctness (2009 FC 271, 344 F.T.R. 45). In his view, although Thalomid is sold to Canadians, it is sold in the United States, not Canada, and cannot fall within the words "sold in any market in Canada". The Board therefore had no jurisdiction to order either the Thalomid pricing information or a price reduction.

[13] The Federal Court of Appeal (2009 FCA 378, 315 D.L.R. (4th) 270) agreed with the Board's interpretation of its mandate. The parties had jointly submitted that correctness was the appropriate standard of review, characterizing the question as jurisdictional in nature. Evans J.A. doubted that this was a proper characterization of either the standard or the question, but since in his view the standard of review did not materially affect the disposition of the appeal, he was prepared to accept the parties' invitation to review the Board's decision on a correctness standard (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190;

à des prix excessifs, il a jugé que l'expression « vente [. . .] sur l[e] march[é] canadien » s'applique aux ventes de médicaments régis par les lois canadiennes, qui sont livrés et utilisés au Canada et dont les coûts sont assumés par des Canadiens. Le PAS constituant une règle de droit canadienne, les ventes effectuées par Celgene sous le régime de celui-ci relèvent du mandat du Conseil.

[11] En outre, une interprétation fondée sur le lieu de la vente au sens du droit commercial aurait pour effet absurde, de l'avis du Conseil, de lui donner compétence à l'égard des ventes commerciales faites au Canada à des acheteurs *étrangers*. Une telle interprétation serait incompatible avec le mandat que lui confie la loi et qui consiste à protéger les consommateurs *canadiens*. Le Conseil a donc conclu que les ventes de Thalomid à des Canadiens réalisées par Celgene dans le cadre du PAS relevaient de sa compétence en matière d'enquête sur les prix et de ses pouvoirs de réparation connexes.

[12] Lors du contrôle judiciaire, le juge Campbell a conclu qu'il s'agissait d'une question de compétence et que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte (2009 CF 271 (CanLII)). Selon lui, bien que le Thalomid soit vendu à des Canadiens, il est vendu aux États-Unis, non au Canada, et ne peut être visé par les mots « vente [. . .] sur l[e] march[é] canadien ». Le Conseil n'était donc pas habilité à ordonner la production des renseignements sur le prix du Thalomid ni la réduction du prix.

[13] La Cour d'appel fédérale (2009 CAF 378 (CanLII)) a souscrit à l'interprétation faite par le Conseil de son mandat. Considérant être en présence d'une question de compétence, les parties ont conjointement soutenu que la norme de la décision correcte s'appliquait. Le juge Evans a mis en doute cette caractérisation de la question et de la norme, mais, convaincu que cette dernière n'était pas un élément important pour trancher l'appel, il était disposé à accepter la proposition des parties de contrôler la décision du Conseil selon la norme de la décision correcte (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alliance de la*

*Public Service Alliance of Canada v. Canadian Federal Pilots Assn.*, 2009 FCA 223, [2010] 3 F.C.R. 219, at paras. 36-52).

[14] Engaging in a textual interpretation of the relevant provisions, Evans J.A. noted that the interpretation should be based on the full phrase in s. 80(1)(b), namely, “sold in any market in Canada”, not just the words “sold in Canada”, as Celgene had urged. In his view, because the language was open to different interpretations, one should be chosen which best implemented the consumer protection objectives of the price-regulation provisions of the *Patent Act*. If the provisions were interpreted in a way that exempted Celgene’s Thalomid sales through the SAP, Canadians would be deprived of the price protection that underlay the enactment of those provisions.

[15] In his dissenting reasons, Ryer J.A. did not accept that the provisions were aimed at consumer protection. In his view, the jurisdiction of the Board is not engaged unless it is established that the medicine in question has been the subject of a sale taking place in Canada. Based on the ordinary commercial law meaning of the words “sold in any market in Canada”, the medicine was “sold” in the United States. This meant that the Board could not require Celgene to provide pricing information for Thalomid.

[16] For the reasons that follow, I share Evans J.A.’s view that the Board’s decision should not be disturbed.

#### Analysis

[17] The Board is responsible for monitoring and regulating the prices of patented medicines. Under s. 81(1)(a) of the *Patent Act*, the Board may order a patentee “of an invention pertaining to a medicine to provide the Board with information and documents respecting . . . any of the matters referred to in paragraphs 80(1)(a) to (e)”. The particular provision at

*Fonction publique du Canada c. Assoc. des pilotes fédéraux du Canada*, 2009 CAF 223, [2010] 3 R.C.F. 219, par. 36-52).

[14] Se livrant à une interprétation textuelle des dispositions pertinentes, le juge Evans a fait remarquer que l’analyse devait porter sur le groupe de mots « *sold in any market in Canada* » dans la version anglaise (« vente [ . . . ] sur l[e] march[é] canadien ») de l’al. 80(1)b), et non pas seulement sur les mots « *sold in Canada* » (« vendu au Canada »), comme l’avait soutenu Celgene. De l’avis du juge, puisque le libellé se prêtait à différentes interprétations, il fallait choisir celle qui réalisait le mieux les objectifs de protection du consommateur des dispositions de la *Loi sur les brevets* relatives à la réglementation des prix. Si l’interprétation donnée aux dispositions en litige avait pour effet d’exempter les ventes de Thalomid par Celgene dans le cadre du PAS, les Canadiens ne bénéficieraient pas de la protection en matière de prix qui était à l’origine de l’adoption de ces dispositions.

[15] Dans ses motifs dissidents, le juge Ryer n’a pas retenu la thèse selon laquelle ces dispositions visaient à protéger les consommateurs. À son avis, le Conseil a compétence seulement s’il est établi que le médicament en cause a fait l’objet d’une vente au Canada. Or, compte tenu du sens ordinaire de l’expression « vente [ . . . ] sur l[e] march[é] canadien » en droit commercial, le médicament était vendu aux États-Unis. Ainsi, le Conseil ne pouvait pas obliger Celgene à lui fournir les renseignements sur le prix du Thalomid.

[16] Pour les raisons exposées ci-après, je sous-cris à l’avis du juge Evans selon lequel la décision du Conseil ne devrait pas être modifiée.

#### Analyse

[17] Le Conseil est chargé de contrôler et de réglementer les prix des médicaments brevetés. Aux termes du par. 81(1) de la *Loi sur les brevets*, le Conseil peut, par ordonnance, « enjoindre le breveté [ . . . ] de lui fournir les renseignements et les documents sur les points visés aux alinéas 80(1)a) à e) ». La disposition en cause dans le présent pourvoi



issue in this case is s. 80(1)(b), which states that the Board is entitled to certain pricing information:

**80. (1)** A patentee of an invention pertaining to a medicine shall, as required by and in accordance with the regulations, provide the Board with such information and documents as the regulations may specify respecting

(b) the price at which the medicine is being or has been sold in any market in Canada and elsewhere;

[18] Section 83(1) of the *Patent Act* empowers the Board to order the reduction of the price at which a patentee is selling the medicine in any market in Canada when it is of the view that this price is excessive:

**83. (1)** Where the Board finds that a patentee of an invention pertaining to a medicine is selling the medicine in any market in Canada at a price that, in the Board's opinion, is excessive, the Board may, by order, direct the patentee to cause the maximum price at which the patentee sells the medicine in that market to be reduced to such level as the Board considers not to be excessive and as is specified in the order.

[19] The Board's decision to make a s. 83(1) remedial order depends on the factors listed in s. 85:

**85. (1)** In determining under section 83 whether a medicine is being or has been sold at an excessive price in any market in Canada, the Board shall take into consideration the following factors, to the extent that information on the factors is available to the Board:

(a) the prices at which the medicine has been sold in the relevant market;

(b) the prices at which other medicines in the same therapeutic class have been sold in the relevant market;

(c) the prices at which the medicine and other medicines in the same therapeutic class have been sold in countries other than Canada;

(d) changes in the Consumer Price Index; and

(e) such other factors as may be specified in any regulations made for the purposes of this subsection.

est l'al. 80(1)b), lequel précise que le Conseil a le droit d'exiger des renseignements sur les prix :

**80. (1)** Le breveté est tenu de fournir au Conseil, conformément aux règlements, les renseignements et documents sur les points suivants :

b) le prix de vente — antérieur ou actuel — du médicament sur les marchés canadien et étranger;

[18] Le paragraphe 83(1) de la *Loi sur les brevets* habilite le Conseil, s'il juge excessif le prix auquel le breveté vend le médicament sur un marché canadien, à en ordonner la réduction :

**83. (1)** Lorsqu'il estime que le breveté vend sur un marché canadien le médicament à un prix qu'il juge être excessif, le Conseil peut, par ordonnance, lui enjoindre de baisser le prix de vente maximal du médicament dans ce marché au niveau précisé dans l'ordonnance et de façon qu'il ne puisse pas être excessif.

[19] La décision du Conseil de rendre une ordonnance réparatrice fondée sur le par. 83(1) dépend des facteurs énumérés à l'art. 85 :

**85. (1)** Pour décider si le prix d'un médicament vendu sur un marché canadien est excessif, le Conseil tient compte des facteurs suivants, dans la mesure où des renseignements sur ces facteurs lui sont disponibles :

a) le prix de vente du médicament sur un tel marché;

b) le prix de vente de médicaments de la même catégorie thérapeutique sur un tel marché;

c) le prix de vente du médicament et d'autres médicaments de la même catégorie thérapeutique à l'étranger;

d) les variations de l'indice des prix à la consommation;

e) tous les autres facteurs précisés par les règlements d'application du présent paragraphe.

(2) Where, after taking into consideration the factors referred to in subsection (1), the Board is unable to determine whether the medicine is being or has been sold in any market in Canada at an excessive price, the Board may take into consideration the following factors:

- (a) the costs of making and marketing the medicine; and
- (b) such other factors as may be specified in any regulations made for the purposes of this subsection or as are, in the opinion of the Board, relevant in the circumstances.

(3) In determining under section 83 whether a medicine is being or has been sold in any market in Canada at an excessive price, the Board shall not take into consideration research costs other than the Canadian portion of the world costs related to the research that led to the invention pertaining to that medicine or to the development and commercialization of that invention, calculated in proportion to the ratio of sales by the patentee in Canada of that medicine to total world sales.

[20] The common language in ss. 80(1)(b), 83(1), and 85 is: sold (or selling) in any market in Canada. I acknowledge that these words may lend themselves to different interpretations. The question is whether the one selected by the Board is justified.

[21] The parties both relied on the approach used in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at para. 10, which confirmed that statutory interpretation involves a consideration of the ordinary meaning of the words used and the statutory context in which they are found:

It has been long established as a matter of statutory interpretation that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: see *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can

(2) Si, après avoir tenu compte de ces facteurs, il est incapable de décider si le prix d’un médicament vendu sur un marché canadien est excessif, le Conseil peut tenir compte des facteurs suivants :

- a) les coûts de réalisation et de mise en marché;
- b) tous les autres facteurs précisés par les règlements d’application du présent paragraphe ou qu’il estime pertinents.

(3) Pour l’application de l’article 83, le Conseil ne tient compte, dans les coûts de recherche, que de la part canadienne des coûts mondiaux directement liée à la recherche qui a abouti soit à l’invention du médicament, soit à sa mise au point et à sa mise en marché, calculée proportionnellement au rapport entre les ventes canadiennes du médicament par le breveté et le total des ventes mondiales.

[20] Les mots communs à l’al. 80(1)b), au par. 83(1) et à l’art. 85 sont « vente », « vend » et « vendu » sur un marché canadien. Je reconnais que ces mots peuvent se prêter à différentes interprétations. La question est de savoir si celle qu’a retenue le Conseil est justifiée.

[21] Les parties ont toutes deux invoqué la démarche adoptée dans l’arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, par. 10, qui a confirmé que l’interprétation des lois consiste à examiner le sens ordinaire des mots et le contexte législatif dans lequel ils s’inscrivent :

Il est depuis longtemps établi en matière d’interprétation des lois qu’« il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : voir *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. L’interprétation d’une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d’une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d’interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés

support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole.

The words, if clear, will dominate; if not, they yield to an interpretation that best meets the overriding purpose of the statute.

[22] But although the parties agreed on the proper interpretive approach, they disputed its application. The Attorney General argued that the phrase “sold in any market in Canada” is broad and should not be given the limited, technical interpretation ascribed to it by Celgene. Celgene, on the other hand, argued that the word “sold” is so “precise and unequivocal” that it must play the determinative role in the interpretive process (*Canada Trustco*, at para. 10). Citing *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, 2001 SCC 36, [2001] 2 S.C.R. 100, Celgene argued that “sold” is a legal term of art that should presumptively be given its private law, commercial meaning. In its view, the plain meaning of “sold in any market in Canada” connotes a commercial contract of sale occurring in Canada.

[23] *Mattel* is of limited assistance in this case. It involved an interpretation of s. 48(5)(a)(iv) of the *Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), a provision concerned with whether royalties paid between two *private* parties in a commercial transaction were “a condition of the sale of the goods for export to Canada”. Major J. concluded that in the particular context of that provision — which assists in calculating customs duties on items imported into Canada — the word “condition” in the phrase “condition of the sale” had a settled meaning in sale of goods law which governed in interpreting this private transaction (see paras. 58-59).

peuvent avoir plus d’un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L’incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l’objet sur le processus d’interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d’une loi comme formant un tout harmonieux.

S’il est clair, le libellé prévaut; sinon, il cède le pas à l’interprétation qui convient le mieux à l’objet prédominant de la loi.

[22] Cependant, bien que les parties soient d’accord à l’égard des règles d’interprétation pertinentes, elles ne s’entendent pas sur leur application. Selon le procureur général, les mots « vente [ . . ] sur l[e] march[é] canadien » ont une large portée et ne devraient pas recevoir l’interprétation technique restreinte que leur donne Celgene. En revanche, cette dernière affirme que le mot « vente » est si « précis et non équivoque » qu’il doit jouer un rôle déterminant dans le processus d’interprétation (*Trustco Canada*, par. 10). Renvoyant à l’arrêt *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, 2001 CSC 36, [2001] 2 R.C.S. 100, Celgene fait valoir que le terme « vente » appartient au vocabulaire juridique et devrait a priori recevoir le sens qui lui est attribué en droit commercial privé. À son avis, le sens ordinaire de « vente [ . . ] sur l[e] march[é] canadien » connote l’existence d’un contrat commercial de vente conclu au Canada.

[23] L’arrêt *Mattel* est peu utile en l’espèce. Il portait sur l’interprétation du sous-al. 48(5)(a)(iv) de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, ch. 1 (2<sup>e</sup> suppl.), une disposition prévoyant que les redevances versées dans le cadre d’une opération commerciale intervenue entre deux parties *privées* peuvent constituer une « condition de la vente des marchandises pour exportation au Canada ». Le juge Major a conclu que, dans le contexte particulier de cette disposition — qui permet de calculer les droits de douane sur les articles importés au Canada —, le mot « condition » utilisé dans l’expression « condition de la vente » possédait, dans le domaine du droit relatif à la vente de marchandises, un sens bien établi qui régissait l’interprétation de cette transaction privée (voir par. 58-59).

[24] I accept that, as *Mattel* demonstrates, words like “sold” may well have a commercial law meaning in some statutory contexts, including, for example, in other parts of the *Patent Act* (see *Dole Refrigerating Products Ltd. v. Canadian Ice Machine Co.* (1957), 28(2) C.P.R. 32 (Ex. Ct.); *Domco Industries Ltd. v. Mannington Mills, Inc.* (1990), 29 C.P.R. (3d) 481 (F.C.A.), leave to appeal refused, [1990] 2 S.C.R. vi).

[25] But that does not mean that the Board misinterpreted the words “sold” and “selling” in the context of ss. 80(1)(b), 83(1) and 85. In rejecting the technical commercial law definition, the Board was guided by the consumer protection goals of its mandate, concluding that Celgene’s approach would undercut these objectives by preventing the Board from protecting Canadian purchasers of Thalomid and other foreign-sold SAP patented medicines.

[26] The Board’s interpretive choice is supported by the legislative history. The Board was established in amendments contained in Bill C-22, *An Act to amend the Patent Act and to provide for certain matters in relation thereto*, which received Royal Assent on November 19, 1987, as S.C. 1987, c. 41. Introducing the Bill for second reading, the Hon. Harvie Andre made the following relevant comments about the Board’s objectives:

In essence, the amendments I propose in Bill C-22 will create a climate favourable to new investment in research and development by giving patent holding pharmaceutical firms in Canada a guaranteed period of protection. These changes will also ensure consumer protection by creating a drug prices review board to monitor drug prices. . . .

I humbly submit that anybody who takes an objective view of what we are proposing will see that we

[24] Je reconnais que, comme l’illustre l’arrêt *Mattel*, les mots tels que « vente » peuvent fort bien avoir le sens qui leur est attribué en droit commercial dans certains contextes législatifs, y compris, par exemple, dans d’autres parties de la *Loi sur les brevets* (voir *Dole Refrigerating Products Ltd. c. Canadian Ice Machine Co.* (1957), 28(2) C.P.R. 32 (C. de l’É.); *Domco Industries Ltd. c. Mannington Mills, Inc.* (1990), 29 C.P.R. (3d) 481 (C.A.F.), autorisation d’appel refusée, [1990] 2 R.C.S. vi).

[25] Or, cela ne signifie pas que le Conseil a mal interprété les mots « vente », « vend » et « vendu » à l’al. 80(1)b), au par. 83(1) et à l’art. 85. En rejetant la définition technique de droit commercial, le Conseil était guidé par les objectifs de protection du consommateur de son mandat. Il a conclu que l’interprétation proposée par Celgene était incompatible avec ces objectifs dans la mesure où elle ne lui reconnaissait pas la compétence pour protéger les acheteurs canadiens de Thalomid et d’autres médicaments brevetés vendus à partir de l’étranger dans le cadre du PAS.

[26] L’interprétation choisie par le Conseil est étayée par l’historique législatif. Le Conseil a été constitué par des modifications introduites par le projet de loi C-22, *Loi modifiant la Loi sur les brevets et prévoyant certaines dispositions connexes*, qui a reçu la sanction royale le 19 novembre 1987 (L.C. 1987, ch. 41). Lors de la présentation du projet de loi en deuxième lecture, l’hon. Harvie Andre a fait les observations pertinentes suivantes relativement aux objectifs du Conseil :

Fondamentalement, les modifications que je propose dans le projet de loi C-22 créeront un climat favorable à de nouveaux investissements dans le domaine de la recherche et du développement, en protégeant pendant une période donnée les entreprises pharmaceutiques qui détiennent des brevets au Canada. Ces modifications permettront également de protéger les consommateurs en créant un conseil d’examen du prix des médicaments chargé de surveiller les prix. . .

À mon humble avis, si l’on examine objectivement notre proposition, on verra que nous avons mis sur pied

have in place enormous checks and balances to ensure that consumer prices of drugs remain reasonable. They should look at what we will get by way of research and development, and at the jobs this will create.

Whatever costs might be associated with this legislation will be minimal. They will not hit the consumer. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. I, 2nd Sess., 33rd Parl., November 20, 1986, at pp. 1369 and 1373)

[27] When the *Patent Act* was further amended in 1993 (*Patent Act Amendment Act, 1992*, S.C. 1993, c. 2), the then Minister of Consumer and Corporate Affairs and Minister of State (Agriculture), the Hon. Pierre Blais, reiterated the Board's consumer protection mandate:

With Bill C-91, we also wanted to strengthen consumer protection, so that consumers can continue to obtain patented medicine at reasonable prices. I think that all Canadians are entitled to that.

... The board will thus be able to provide all Canadian consumers with even more effective price control. These new powers will authorize the board to order a reduction of prices it considers too high. ...

... I am convinced that these new provisions will assure Canadian consumers, of reasonable prices, like those they have had since 1987.

(*House of Commons Debates*, vol. XII, 3rd Sess., 34th Parl., December 10, 1992, at pp. 14998 and 15001)

[28] The Board's consumer protection purpose was affirmed in *ICN Pharmaceuticals Inc. v.*

un énorme mécanisme de poids et contrepoids pour nous assurer que le prix à la consommation des médicaments demeurera raisonnable. On verra que la mesure proposée aura des résultats en matière de recherche et de développement et aussi de création d'emplois.

Cette mesure législative entraînera des coûts minimes qui ne se répercuteront pas sur le consommateur. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. I, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., 20 novembre 1986, p. 1369 et 1373-1374)

[27] Lorsque la *Loi sur les brevets* a été modifiée de nouveau en 1993 (*Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets*, L.C. 1993, ch. 2), le ministre de la Consommation et des Affaires commerciales et ministre d'État (Agriculture) de l'époque, l'hon. Pierre Blais, a réitéré en ces termes le mandat de protection du consommateur conféré au Conseil :

En proposant le projet de loi C-91, nous avons voulu également renforcer la protection qui est offerte aux consommateurs, afin que ceux-ci puissent continuer de se procurer des médicaments brevetés, qui soient à des prix raisonnables. Et je pense que les Canadiens y ont tous droit.

... Le conseil pourra ainsi garantir à l'ensemble des consommateurs canadiens un contrôle encore plus efficace des prix. Ces nouveaux pouvoirs autoriseront le conseil à ordonner une réduction des prix qu'il juge trop élevés. ...

... Je suis persuadé que ces nouvelles dispositions assureront aux consommateurs canadiens des prix raisonnables, comme ceux dont ils bénéficient depuis 1987.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. XII, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 10 décembre 1992, p. 14998 et 15001)

[28] L'objectif du Conseil en matière de protection des consommateurs a été confirmé dans

*Patented Medicine Prices Review Board* (1996), 108 F.T.R. 190, aff'd [1997] 1 F.C. 32 (C.A.), where Cullen J. said:

Sections 79 to 103 of the *Patent Act*, creating the Patented Medicine Prices Review Board, were enacted in response to the abolition of the compulsory licensing regime. Parliament's intent was certainly to address the "mischief" that the patentee's monopoly over pharmaceuticals during the exclusivity period might cause prices to rise to unacceptable levels. Accordingly, the words of these sections of the *Patent Act* should be read purposively . . . [Emphasis added; para. 24.]

[29] This is the approach to its mandate that the Board applied, one that took into paramount account its responsibility for ensuring that the monopoly that accompanies the granting of a patent is not abused to the financial detriment of Canadian patients and their insurers:

The mandate of the Board includes balancing the monopoly power held by the patentee of a medicine, with the interests of purchasers of those medicines. The patentee of a medicine sold in Canada is subject to the jurisdiction of the Board, and this jurisdiction requires the patentee to report information to the Board concerning the price at which it has been selling the patented medicine in any market in Canada. The Board compares this price to the price of comparable medicines, and to the price at which the medicine is sold in other countries, to determine whether or not its price in Canada is excessive. In consultation with industry, government and consumer stakeholders, the Board has developed detailed guidelines that patentees and Board Staff use to ensure that the prices of patented medicines in Canada are not excessive . . . [Emphasis added; para. 5.]

[30] The Board therefore concluded that in order to comply with that mandate, sales "in any market in Canada" for the purposes of the relevant provisions, should be interpreted to "include sales of medicines that are regulated by the public laws

*ICN Pharmaceuticals, Inc. c. Canada (Personnel du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*, [1996] A.C.F. n° 206 (QL) (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), conf. par [1997] 1 C.F. 32 (C.A.), où le juge Cullen a dit ceci :

Les articles 79 à 103 de la *Loi sur les brevets*, qui prévoient la constitution du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés, ont été adoptés en réponse à l'abolition du régime de délivrance de licences obligatoires. Le législateur avait certainement l'intention de pallier le « préjudice » découlant du fait que le monopole accordé au breveté en matière de produits pharmaceutiques durant la période d'exclusivité pouvait entraîner une hausse des prix à des niveaux inacceptables. Par conséquent, les termes employés dans ces dispositions de la *Loi sur les brevets* doivent recevoir une interprétation fondée sur l'objet visé . . . [Je souligne; par. 24.]

[29] C'est ainsi que le Conseil a exercé son mandat, c'est-à-dire en accordant une importance prépondérante à sa responsabilité qui consiste à veiller à ce que le breveté n'abuse pas financièrement du monopole découlant de la délivrance d'un brevet, au détriment des patients canadiens et de leurs assureurs :

Le Conseil est investi du mandat de protéger les intérêts des acheteurs dans une situation où le titulaire d'un brevet lié à un médicament pourrait exercer un monopole. Le titulaire d'un brevet canadien lié à un médicament vendu au Canada est assujéti à la compétence du Conseil, en vertu de laquelle il doit faire rapport au Conseil de l'information concernant le prix auquel il a vendu son médicament breveté sur un marché au Canada. Le Conseil compare ce prix aux prix des médicaments de comparaison ainsi qu'aux prix auxquels le médicament est vendu dans les pays de comparaison afin de déterminer si le prix du médicament sous examen est ou non excessif. En consultation avec ses intervenants, à savoir l'industrie, les gouvernements et les consommateurs, le Conseil a formulé des lignes directrices que suivent les brevetés et les membres du personnel du Conseil afin que les prix au Canada des médicaments brevetés ne soient pas excessifs . . . [Je souligne; par. 5.]

[30] Le Conseil a donc conclu que pour respecter ce mandat, il fallait, pour l'application des dispositions pertinentes, considérer que les ventes « sur l[e] march[é] canadien » ou « sur un marché canadien » « couvrent les ventes des médicaments régis par le

of Canada, that will be delivered in Canada, to be dispensed in Canada, and where, in particular, the cost of the medicine will be borne by Canadians — patients or taxpayers, as the case may be” (para. 34). All of these prerequisites are satisfied in the case of Celgene’s sales of Thalomid to Canadians through the SAP.

[31] The Board also found, and I agree, that a strict commercial law interpretation of “sold” in s. 80(1)(b) would give the Board authority over sales which, while technically made “in Canada”, are destined for other countries, a result incongruous with the legislative purpose of regulating the price at which patented medicines are sold in *Canadian*, not foreign, markets:

... the Board does not have a statutory mandate to protect European purchasers of patented medicines, regardless of the *locus* of the sale at common law. The *locus* of the sale at common law, does not give rise to jurisdiction when the *locus* is Canada, and does not deprive the Board of jurisdiction when the *locus* is outside of Canada. [para. 36]

[32] In my view, therefore, the legislative context and the consumer protection purpose of ss. 80(1)(b), 83(1) and 85 of the *Patent Act* support the Board’s conclusion that, based on the language of those provisions, it has authority over Celgene’s sales of Thalomid to Canadians through the SAP.

[33] A final observation. In this Court, neither party presented any argument on the standard of review. Both had proceeded throughout the judicial review process on the basis that the applicable standard of review was correctness. While the parties should not be able, by agreement, to *contract out* of the appropriate standard of review, like *Evans J.A.* I am of the view that the Board’s decision would be upheld under either standard.

droit public au Canada, qui sont livrés au Canada, qui sont administrés au Canada ainsi que les prix lorsque le coût du médicament est à la charge des Canadiens — qu’il s’agisse de patients ou de contribuables » (par. 34). Les ventes de Thalomid aux Canadiens effectuées par Celgene dans le cadre du PAS remplissent toutes ces conditions.

[31] Le Conseil est également arrivé à la conclusion, à laquelle je souscris, qu’une interprétation stricte, fondée sur le droit commercial, du mot « vente » figurant à l’al. 80(1)(b) lui donnerait compétence à l’égard de ventes qui, bien que techniquement réalisées au Canada, sont destinées à d’autres pays. Un tel résultat serait incompatible avec l’objectif de la loi, à savoir la réglementation du prix des médicaments brevetés vendus sur le marché *canadien*, non pas sur le marché étranger :

... la Loi n’a pas conféré au Conseil le mandat de protéger les intérêts des acheteurs européens de médicaments brevetés, sans égard au lieu où la vente a été effectuée au sens qu’en donne le Common Law. Dans le Common Law, le lieu où la vente a été effectuée ne crée pas une compétence pour le Conseil même si le lieu de vente est le Canada et, inversement, il ne prive pas non plus le Conseil de sa compétence lorsque le lieu de vente se trouve à l’extérieur du Canada. [par. 36]

[32] Par conséquent, je suis d’avis que le contexte législatif, ainsi que l’objectif de protection du consommateur de l’al. 80(1)(b), du par. 83(1) et de l’art. 85 de la *Loi sur les brevets* étayaient la conclusion du Conseil selon laquelle, d’après le libellé de ces dispositions, il a compétence sur les ventes de Thalomid par Celgene à des Canadiens dans le cadre du PAS.

[33] Enfin, une dernière observation. Devant notre Cour, les parties n’ont présenté aucun argument concernant la norme de contrôle applicable. Toutes deux ont considéré, aux diverses étapes du contrôle judiciaire, que la norme de la décision correcte s’appliquait. Les parties ne devraient certes pas avoir la faculté de *se soustraire*, d’un commun accord, à l’application de la norme de contrôle appropriée, mais, à l’instar du juge *Evans*, j’estime que la décision du Conseil serait confirmée, peu importe la norme appliquée.

[34] And like Evans J.A., I also question whether correctness is in fact the operative standard. This specialized tribunal is interpreting its enabling legislation. Deference will usually be accorded in these circumstances: see *Dunsmuir*, at paras. 54 and 59; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 44; and *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678. Only if the Board's decision is unreasonable will it be set aside. And to be unreasonable, as this Court said in *Dunsmuir*, the decision must be said to fall outside "a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law" (para. 47). Far from falling outside this range, I see the Board's decision as unassailable under either standard of review.

[35] I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Ottawa.*

[34] En outre, comme le juge Evans, je me demande moi aussi si la norme de la décision correcte est bien la norme applicable. Nous sommes en présence d'un tribunal expert qui interprète sa propre loi habilitante. La déférence est habituellement de mise dans de telles circonstances : voir *Dunsmuir*, par. 54 et 59; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 44; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678. Ce n'est donc que dans les cas où la décision du Conseil est déraisonnable qu'elle est annulée. Comme l'a dit notre Cour dans *Dunsmuir*, pour être jugée déraisonnable la décision contestée ne doit pas faire partie des « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (par. 47). En l'espèce, je considère que, loin de se situer à l'extérieur de l'éventail de ces issues, la décision du Conseil est inattaquable, quelle que soit la norme de contrôle appliquée.

[35] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

*Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Ottawa.*



**Canadian Broadcasting Corporation, Groupe TVA inc., La Presse ltée and Fédération professionnelle des journalistes du Québec** *Appellants*

v.

**Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, the Honourable François Rolland, in his capacity as Chief Justice of the Quebec Superior Court, and Barreau du Québec** *Respondents*

and

**Attorney General of Alberta, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/ Canadian Media Lawyers Association, RTNDA Canada/Association of Electronic Journalists, Canadian Association of Journalists, Canadian Journalists for Free Expression, Canadian Publishers' Council and British Columbia Civil Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: CANADIAN BROADCASTING CORP. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**2011 SCC 2**

File No.: 32920.

2010: March 16; 2011: January 28.

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

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

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Freedom of the press — Courthouses — Rules of practice and directive issued by Ministère de la Justice limiting filming, taking photographs and conducting interviews to predetermined locations and prohibiting broadcasting of official audio recordings of hearings — Whether these measures infringe freedom of*

**Société Radio-Canada, Groupe TVA inc., La Presse ltée et Fédération professionnelle des journalistes du Québec** *Appellantes*

c.

**Procureur général du Canada, procureur général du Québec, l'honorable François Rolland, ès qualités de juge en chef de la Cour supérieure du Québec, et Barreau du Québec** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Alberta, Association canadienne des libertés civiles, Association canadienne des journaux, Ad IDEM/ Canadian Media Lawyers Association, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques, Association canadienne des journalistes, Journalistes canadiens pour la liberté d'expression, Canadian Publishers' Council et Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ RADIO-CANADA c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

**2011 CSC 2**

N° du greffe : 32920.

2010 : 16 mars; 2011 : 28 janvier.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Liberté de la presse — Palais de justice — Règles de pratique et directive du ministère de la justice limitant la prise d'images et la tenue d'entrevues à des endroits prédéterminés et interdisant la diffusion des enregistrements sonores officiels des audiences — Ces mesures portent-elles atteinte à la*

*expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Rules of practice of the Superior Court of Québec in civil matters, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8, rules 38.1, 38.2 — Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division, 2002, SI/2002-46 (am. SI/2005-19), ss. 8.A, 8.B.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits prescribed by law — Directive issued by Ministère de la Justice limiting filming, taking photographs and conducting interviews to predetermined locations in courthouses — Directive infringing freedom of expression — Whether directive meets “prescribed by law” requirement of s. 1 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

The CBC, Groupe TVA, La Presse Itée and the Fédération professionnelle des journalistes du Québec (the “media organizations”) want to film, take photographs and conduct interviews in the public areas of courthouses, and they also want to broadcast the official audio recordings of court proceedings. There are rules that limit the places where the first of these activities may take place and that prohibit the second. The media organizations, which submit that these rules unjustifiably infringe the freedom of the press to which they are entitled, applied for a declaration that rules 38.1 and 38.2 of the *Rules of practice of the Superior Court of Québec in civil matters* and ss. 8.A and 8.B of the *Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division, 2002* (“rules of practice”), together with Directive A-10 of Quebec’s Ministère de la Justice entitled *Le maintien de l’ordre et du décorum dans les palais de justice*, are of no force or effect.

The Superior Court held that the activities were protected by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but that the impugned measures were justified within the meaning of s. 1. The Court of Appeal dismissed the media organizations’ appeal, holding unanimously that the protection of s. 2(b) of the *Charter* does not give the media an unrestricted right to conduct interviews, film and take photographs in courthouses. On the issue of broadcasting recordings of hearings, the majority of the court found that this method of expression undermined the values that underlie freedom of expression. The dissenting judges considered that the prohibition on broadcasting recordings infringed s. 2(b) and could not be justified under s. 1.

*Held:* The appeal should be dismissed. The constitutionality of the rules of practice and of Directive A-10 is confirmed.

*liberté d’expression? — Dans l’affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Règlement de procédure civile (Cour supérieure), R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 8, règles 38.1, 38.2 — Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle (2002), TR/2002-46 (mod. TR/2005-19), art. 8A, 8B.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables prévues par une règle de droit — Directive du ministère de la justice limitant la prise d’images et la tenue d’entrevues à des endroits prédéterminés dans les palais de justice — Directive portant atteinte à la liberté d’expression — La directive constitue-t-elle une « règle de droit » au sens de l’article premier de la Charte canadienne des droits et libertés?*

La SRC, le Groupe TVA, La Presse Itée et la Fédération professionnelle des journalistes du Québec (les « médias ») veulent, d’une part, recueillir des images et tenir des entrevues dans les aires publiques des palais de justice et, d’autre part, diffuser les enregistrements sonores officiels des débats judiciaires. Certaines règles limitent le lieu où la première activité peut être exercée et interdisent la deuxième. Les médias soutiennent que ces règles enfreignent d’une façon injustifiée leur liberté de presse et présentent une requête visant à faire déclarer nuls et inopérants les art. 38.1 et 38.2 du *Règlement de procédure civile (Cour supérieure)* et les art. 8A et 8B des *Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle (2002)* (les « règles de pratique »), ainsi que la Directive A-10 du ministère de la Justice du Québec, intitulée *Le maintien de l’ordre et du décorum dans les palais de justice*.

La Cour supérieure conclut que les activités sont protégées par l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais que les mesures contestées sont justifiées au sens de l’article premier. La Cour d’appel rejette le pourvoi des médias. À l’unanimité, elle juge que la tenue d’entrevues et la prise d’images sans restriction par les médias dans les palais de justice ne bénéficient pas de la protection de l’al. 2b) de la *Charte*. En ce qui concerne la diffusion des enregistrements des audiences, la majorité de la Cour est d’avis que ce mode d’expression mine les valeurs sous-jacentes de la liberté d’expression. Pour leur part, les juges dissidents estiment que l’interdiction visant la diffusion des enregistrements porte atteinte à l’al. 2b) et ne peut être justifiée au regard de l’article premier.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté. La constitutionnalité des règles de pratique et de la Directive A-10 est confirmée.

Filming, taking photographs and conducting interviews outside courtrooms have the necessary expressive content to be protected by s. 2(b) of the *Charter*. Neither the location where these journalistic activities would take place nor the method of expression that would be used excludes them from this protection. The method for engaging in the expressive activities — the use of equipment to film, take photographs and record voices — is not in issue here. As for the location, the activities of filming, taking photographs and conducting interviews are not incompatible with the purpose of the public areas of courthouses. Although the primary purpose of a courthouse is to serve as a place to conduct trials and other judicial proceedings, the presence of journalists in the public areas of courthouses has historically been — and still is — authorized. When journalists conduct themselves appropriately, their presence enhances the values underlying s. 2(b), namely democratic discourse, self-fulfilment and truth finding. The purpose of the impugned measures is to limit filming, taking photographs and conducting interviews to certain predetermined locations. Since news gathering is an activity that forms an integral part of freedom of the press, these measures infringe s. 2(b) of the *Charter*.

Broadcasting the official audio recordings of hearings also has expressive content, thereby bringing this activity, *prima facie*, within the scope of s. 2(b) protection. In this case, the location where the activity would take place is not identified. The exercise by the media organizations of their right to freedom of the press is not limited to a specific location. Regarding the method of expression, namely the broadcasting of audio recordings, sound and tone of voice are not always linked to the content, but in the context of a trial, the value they add to the message is such that the content of the message and the method by which the message is conveyed are indissociable. Thus, the location and the method of expression cannot serve as a basis for excluding the expressive activity from the protection of s. 2(b) of the *Charter*. Since the prohibition against broadcasting the official audio recordings of court proceedings imposes a limit that the media organizations must comply with in engaging in their journalistic activities and since that limit affects the expressive content of the activities, the right to freedom of expression is infringed.

The standard of proof applicable to the justification of the infringement under s. 1 of the *Charter* should not entail a level of proof higher than the one required by *Oakes*. The test developed in that case is applicable, since the rules made by the judges of the Superior Court and by the Ministère de la Justice meet the “prescribed by law” requirement of s. 1 of the *Charter*. Directive

La prise d’images et la tenue d’entrevues à l’extérieur des salles d’audience possèdent le contenu expressif nécessaire pour bénéficier de la protection de l’al. 2b) de la *Charte*. Ni le lieu d’exercice de ces activités journalistiques ni le mode d’expression utilisé n’ont pour effet d’écarter cette protection. Le mode d’exercice des activités expressives, en l’espèce l’utilisation de matériel pour enregistrer les images et les voix, n’est pas en cause. En ce qui a trait au lieu, la prise d’images et la tenue d’entrevues ne sont pas des activités incompatibles avec la destination des aires publiques des palais de justice. Quoique la destination première des palais de justice soit la tenue de procès et autres procédures judiciaires, la présence des journalistes dans les aires publiques de ces édifices a été historiquement autorisée et l’est encore. Lorsque les journalistes se comportent de façon appropriée, leur présence a pour effet de renforcer les valeurs sous-jacentes de l’al. 2b), à savoir le débat démocratique, l’épanouissement personnel et la recherche de la vérité. L’objet des mesures contestées est de limiter la prise d’images et la tenue d’entrevues à certains endroits prédéterminés. Comme la collecte d’informations est une activité qui fait partie intégrante de la liberté de la presse, ces mesures portent atteinte à l’al. 2b) de la *Charte*.

La diffusion des enregistrements sonores officiels des audiences possède également un contenu expressif faisant en sorte que cette activité entre à première vue dans le champ d’application de la protection offerte par l’al. 2b). En l’espèce, le lieu d’exercice de l’activité n’est pas déterminé et les médias ne sont pas limités à un endroit particulier pour exercer leur liberté de presse. Quant au mode de communication utilisé, soit la diffusion des bandes sonores, bien que le son ou l’intonation de la voix ne soient pas toujours liés au contenu, dans le contexte d’un procès, la valeur ajoutée au message rend le mode de communication du message indissociable du contenu de celui-ci. Par conséquent, le lieu et le mode d’expression ne peuvent être un motif de retrait de l’activité expressive de la protection de l’al. 2b) de la *Charte*. Puisque l’interdiction de diffuser les enregistrements sonores officiels des débats judiciaires impose une limite que doivent respecter les médias dans leurs activités journalistiques et que cette limite affecte le contenu expressif des activités, il y a atteinte au droit à la liberté d’expression.

La norme de preuve applicable à la justification de l’atteinte au regard de l’article premier de la *Charte* ne devrait pas correspondre à un niveau de preuve plus élevé que celui requis par l’arrêt *Oakes*. La grille d’analyse élaborée dans cet arrêt trouve application puisque les normes adoptées par les juges de la Cour supérieure et par le ministère de la Justice constituent des règles

A-10 imposes standards of behaviour on courthouse users, so its content is normative, not interpretive. It is also accessible and clear. As regards the wording of the relevant passages from the directive, it is almost identical to that of the same passages from the rules of practice, the precision of which is not in dispute.

In this case, the limits imposed on freedom of expression by the rules of practice and by Directive A-10 are reasonable and are justified in a free and democratic society. The objectives of these measures advance concerns that are pressing and substantial. These objectives can be summarized as being to maintain the fair administration of justice by ensuring the serenity of hearings. The fair administration of justice is necessarily dependent on maintaining order and decorum in and near courtrooms and on protecting the privacy of litigants appearing before the courts. There is no question that this objective contributes to maintaining public confidence in the justice system.

It can be seen from the evidence that there is a rational connection between the means used and the legislature's objectives. The increase in the number of journalists together with a greater sophistication of the technologies they used in courthouses had adverse consequences for the administration of justice. In addition, the rules of practice and Directive A-10 form part of a general policy to protect witnesses. It was therefore reasonable to expect that these measures would have a positive effect on the maintenance of the fair administration of justice by fostering the serenity of hearings and decorum and by helping to reduce, as much as possible, the nervousness and anxiety that people naturally feel when called to testify in court.

The solution proposed in the rules of practice and in Directive A-10 with regard to filming, taking photographs and conducting interviews falls within a range of reasonable alternatives, as is required by the minimal impairment stage of the *Oakes* test. The judges and the Ministère de la Justice have opted for a solution that is less intrusive than a total ban on these journalistic activities in courthouses would have been. As for the audio recordings of hearings, they are made to conserve evidence. Journalists have a right to use those recordings to enhance the accuracy of reports they are preparing, but they cannot use them in a way that would have an impact on the testimony itself.

de droit au sens de l'article premier de la *Charte*. La Directive A-10 impose aux usagers des palais de justice des normes de conduite et son contenu a donc un caractère normatif et non interprétatif. Elle est également accessible et claire. Quant au texte de la directive, ses passages pertinents sont presque identiques à ceux des règles de pratique, dont la précision n'est pas contestée.

En l'espèce, les limites imposées à la liberté d'expression par les règles de pratique et la Directive A-10 sont raisonnables et justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique. Les objectifs poursuivis par ces mesures répondent à des préoccupations qui sont urgentes et réelles. Il convient de résumer ces objectifs comme étant le maintien d'une saine administration de la justice en assurant la sérénité des débats. Une saine administration de la justice repose nécessairement sur le maintien de l'ordre et du décorum à l'intérieur de la salle d'audience et aux abords de celle-ci, de même que la protection de la vie privée des justiciables qui se présentent devant les tribunaux. Cet objectif contribue incontestablement au maintien de la confiance du public dans le système de justice.

La preuve démontre qu'il existe un lien rationnel entre les moyens utilisés et les objectifs poursuivis par le législateur. L'augmentation du nombre de journalistes, conjuguée au raffinement des techniques utilisées par ceux-ci à l'intérieur des palais de justice, a eu des conséquences néfastes pour l'administration de la justice. En outre, les règles de pratique et la Directive A-10 s'inscrivent dans une politique générale de protection des témoins. Il était donc raisonnable de prévoir que ces mesures auraient un effet positif sur le maintien de la saine administration de la justice, en favorisant la sérénité des débats et le décorum et en aidant à diminuer le plus possible la nervosité et l'angoisse inhérentes que ressentent naturellement les personnes appelées à témoigner devant les tribunaux.

La solution proposée dans les règles de pratique et la Directive A-10 à l'égard de la prise d'images et de la tenue d'entrevues se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, selon le volet de l'atteinte minimale du test de l'arrêt *Oakes*. La magistrature et le ministère de la Justice ont opté pour une solution qui est moins attentatoire que ne l'aurait été l'interdiction complète de ces activités journalistiques dans les palais de justice. En ce qui a trait aux enregistrements sonores des audiences, ils sont établis dans le but de préserver la preuve. Les médias ont le droit d'utiliser ces enregistrements pour préparer leurs reportages de façon à les rendre plus précis, mais ils ne peuvent pas en faire un usage qui aurait des conséquences sur les témoignages eux-mêmes.

The salutary effects of the rules of practice and of Directive A-10 outweigh their negative effects. The evidence shows that witnesses, parties, members of the public and lawyers can now move about freely near courtrooms without fear of being pursued by the media. Lawyers can hold discussions with their witnesses and with counsel for the opposing party in hallways adjacent to courtrooms without being disturbed. Those who adopted the impugned measures took the vulnerability of participants in the judicial process into consideration and made sure that when such people consent to cooperate with the media, they do so as freely and calmly as possible. The controls on journalistic activities thus facilitate truth finding by not adding to the stress on witnesses. Furthermore, the impugned measures help minimize significantly the violation of privacy. Although the broadcasting of official audio recordings would add value to media reports and make them more interesting, the prohibition against broadcasting them does not adversely affect the ability of journalists to describe, analyse or comment rigorously on what takes place in the courts. The negative effect that broadcasting the audio recordings would have on the proceedings and the real impact it would have both on those participating in the hearing and on the search for the truth are factors that must be taken into account. The recordings are, first and foremost, a means of keeping a record of such proceedings and conserving evidence, and journalists should not use them in a way that would distort that objective. To broadcast them in the name of freedom of the press would undermine the integrity of the judicial process, which the open court principle is supposed to guarantee.

### Cases Cited

**Applied:** *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **referred to:** *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 SCC 51, [2001] 2 S.C.R. 743; *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Southam Inc.*, [1988] R.J.Q. 307; *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R.

Les effets positifs des règles de pratique et de la Directive A-10 l'emportent sur les effets négatifs de ces dernières. La preuve montre que les témoins, les parties, les membres du public et les avocats peuvent maintenant circuler librement aux abords des salles d'audience, sans crainte de se faire pourchasser par les médias. Les avocats peuvent discuter en toute quiétude avec leurs témoins et avec les procureurs de la partie adverse dans les corridors adjacents aux salles d'audience. Les mesures contestées tiennent compte de la situation de vulnérabilité des personnes qui participent au processus judiciaire et font en sorte que celles-ci puissent exprimer le plus librement et sereinement possible leur consentement à collaborer avec les médias. La réglementation des activités journalistiques favorise donc la recherche de la vérité, en évitant d'imposer un stress additionnel aux témoins. En outre, les mesures contestées contribuent à atténuer considérablement l'atteinte à la vie privée. Bien que la diffusion des enregistrements sonores officiels ajoute à la valeur des reportages et accroît leur intérêt, l'interdiction de diffuser ne nuit pas à la capacité des médias de décrire, d'analyser ou de commenter avec rigueur ce qui se déroule devant les tribunaux. L'effet négatif de la diffusion des enregistrements sonores sur les débats à l'audience, ainsi que son incidence réelle sur les participants aux audiences et sur la recherche de la vérité sont autant de facteurs qui doivent être pris en considération. Les enregistrements sont d'abord et avant tout un moyen de consigner ces débats et de préserver la preuve, et les médias ne devraient pas les utiliser de façon à dénaturer cet objectif. Leur diffusion au nom de la liberté de la presse minerait un des objectifs que la publicité des débats est censée garantir : l'intégrité du système judiciaire.

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts mentionnés :** *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Southam Inc.*, [1988] R.J.Q. 307; *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur*

927; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *R. v. Bryan*, 2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Squires* (1992), 11 O.R. (3d) 385; *Vilaire v. Association professionnelle des sténographes officiels du Québec*, [1999] R.J.Q. 1609; *Morris v. Crown Office*, [1970] 1 All E.R. 1079; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the Ministère de la Justice*, R.S.Q., c. M-19, s. 3(c).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b).  
*Code de procédure pénale* (France), art. 308.  
*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, arts. 14, 47, 48, 324 et seq.  
*Contempt of Court Act 1981* (U.K.), 1981, c. 49, s. 9.  
*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 136(1)(a)(iii).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 482(1), (4), 482.1(1), 540, 646, 801.  
*Criminal Justice Act, 1925* (U.K.), 15 & 16 Geo. 5, c. 86, s. 41.  
*Judicature Act*, R.S.O. 1980, c. 223, s. 67(2)(a)(ii).  
*Regulation of the Court of Québec*, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 1.01.1, s. 12.  
*Rules of Practice of the Court of Queen's Bench (Crown Side) of the Province of Quebec*, SI/74-53, (1974) 108 Can. Gaz. II, 1535, rule 5.  
*Rules of practice of the Superior Court*, (1966) 98 Q.O.G., 4094, rule 16.  
*Rules of practice of the Superior Court of Québec in civil matters*, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8, rules 33, 35, 36 [am. (1988) 120 G.O.Q. II, 1941, s. 2; (1998) 130 G.O.Q. II, 4370, s. 2], 38.1 [ad. (2004) 136 G.O.Q. II, 3527, s. 1], 38.2 [idem].  
*Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division*, SI/76-65, rule 5 [am. SI/89-52, (1989) 123 Can. Gaz. II, 1016, s. 2].

*général*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Squires* (1992), 11 O.R. (3d) 385; *Vilaire c. Association professionnelle des sténographes officiels du Québec*, [1999] R.J.Q. 1609; *Morris c. Crown Office*, [1970] 1 All E.R. 1079; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 482(1), (4), 482.1(1), 540, 646, 801.  
*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 14, 47, 48, 324 et suiv.  
*Code de procédure pénale* (France), art. 308.  
*Contempt of Court Act 1981* (R.-U.), 1981, ch. 49, art. 9.  
*Criminal Justice Act, 1925* (R.-U.), 15 & 16 Geo. 5, ch. 86, art. 41.  
*Judicature Act*, R.S.O. 1980, ch. 223, art. 67(2)(a)(ii).  
*Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.Q., ch. M-19, art. 3c).  
*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 136(1)(a)(iii).  
*Règlement de la Cour du Québec*, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 1.01.1, art. 12.  
*Règlement de procédure civile (Cour supérieure)*, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 8, règles 33, 35, 38.1 [aj. (2004) 136 G.O.Q. II, 5270, art. 1], 38.2 [idem].  
*Règles de pratique de la Cour du Banc de la Reine (jurisdiction criminelle) du Québec*, TR/74-53, (1974) 108 Can. Gaz. II, 1535, règle 5.  
*Règles de pratique de la Cour Supérieure*, (1966) 98 G.O.Q., 4094, règle 16.  
*Règles de pratique de la Cour Supérieure du Québec, chambre criminelle*, TR/76-65, règle 5 [mod. TR/89-52, (1989) 123 Can. Gaz. II, 1016, art. 2].  
*Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matières civiles*, (1974) 106 G.O.Q. II, 1955, règle 32.

*Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division, 2002, SI/2002-46, ss. 4, 7, 8.A [ad. SI/2005-19, (2005) 139 Can. Gaz. II, 417, s. 1], 8.B [idem].*

*Rules of practice of the Superior Court of the Province of Québec in civil matters, (1974) 106 Q.O.G. II, 1955, rule 32.*

### Authors Cited

British Columbia. Supreme Court. "Practice Direction: Television Coverage of Court Proceedings". PD – 23, July 1, 2010 (online: [http://www.courts.gov.bc.ca/Supreme\\_Court/practice\\_and\\_procedure/civil\\_practice\\_directions.aspx](http://www.courts.gov.bc.ca/Supreme_Court/practice_and_procedure/civil_practice_directions.aspx)).

Fauteux, Gérald. *Le livre du magistrat*. Ottawa: Conseil canadien de la magistrature, 1980.

Fédération professionnelle des journalistes du Québec. *Professional Code of Ethics for Quebec Journalists*, November 24, 1996 (online: <http://www.fpqj.org/index.php?id=97>).

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.

Greenspan, Edward L. "Comment: Another Argument Against Television in the Courtroom", in Philip Anisman and Allen M. Linden, eds., *The Media, the Courts and the Charter*. Toronto: Carswell, 1986, 497.

Harte, William J. "Why Make Justice a Circus? The O. J. Simpson, Dahmer and Kennedy-Smith Debacles Make the Case Against Cameras in the Courtroom" (1996), 39 *Trial Lawyer's Guide* 379.

Lepofsky, M. David. "Cameras in the Courtroom — Not Without My Consent" (1996), 6 *N.J.C.L.* 161.

Nova Scotia. Executive Office of the Nova Scotia Judiciary. *Guidelines for Press, Media, and Public Access to the Courts of Nova Scotia*, December 20, 2008 (online: [http://www.courts.ns.ca/media\\_access/media.htm](http://www.courts.ns.ca/media_access/media.htm)).

Parent, Georges-André. "Les médias: source de victimisation" (1990), 23:2 *Criminologie* 47.

Québec. Ministère de la Justice. *Guide des relations avec les médias et de la gestion des événements d'envergure et à risque*. Québec: Justice Québec, 2005 (en ligne: <http://www.justice.gouv.qc.ca/english/publications/administ/guide-a.htm>).

Québec. Ministère de la Justice. *Rapport du Groupe de travail sur les relations avec les médias dans les palais de justice*. Québec: Justice Québec, 2004.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Robert C.J.Q. and Nuss, Morissette, Doyon and Bich J.J.A.), 2008 QCCA 1910, [2008]

*Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matières civiles, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 8, règle 36 [mod. (1988) 120 G.O.Q. II, 2512, art. 2; (1998) 130 G.O.Q. II, 5894, art. 2].*

*Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle (2002), TR/2002-46, règles 4, 7, 8A [aj. TR/2005-19, (2005) 139 Gaz. Can. II, 417, art. 1], 8B [idem].*

### Doctrine citée

Colombie-Britannique. Supreme Court. « Practice Direction : Television Coverage of Court Proceedings ». PD – 23, July 1, 2010 (online : [http://www.courts.gov.bc.ca/Supreme\\_Court/practice\\_and\\_procedure/civil\\_practice\\_directions.aspx](http://www.courts.gov.bc.ca/Supreme_Court/practice_and_procedure/civil_practice_directions.aspx)).

Fauteux, Gérald. *Le livre du magistrat*. Ottawa : Conseil canadien de la magistrature, 1980.

Fédération professionnelle des journalistes du Québec. *Guide de déontologie des journalistes du Québec*, 24 novembre 1996 (en ligne : <http://www.fpqj.org/index.php?id=82>).

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.

Greenspan, Edward L. « Comment : Another Argument Against Television in the Courtroom », in Philip Anisman and Allen M. Linden, eds., *The Media, the Courts and the Charter*. Toronto : Carswell, 1986, 497.

Harte, William J. « Why Make Justice a Circus? The O.J. Simpson, Dahmer and Kennedy-Smith Debacles Make the Case Against Cameras in the Courtroom » (1996), 39 *Trial Lawyer's Guide* 379.

Lepofsky, M. David. « Cameras in the Courtroom — Not Without My Consent » (1996), 6 *R.N.D.C.* 161.

Nouvelle-Écosse. Executive Office of the Nova Scotia Judiciary. *Guidelines for Press, Media, and Public Access to the Courts of Nova Scotia*, December 20, 2008 (online : [http://www.courts.ns.ca/media\\_access/media.htm](http://www.courts.ns.ca/media_access/media.htm)).

Parent, Georges-André. « Les médias : source de victimisation » (1990), 23:2 *Criminologie* 47.

Québec. Ministère de la Justice. *Guide des relations avec les médias et de la gestion des événements d'envergure et à risque*. Québec : Justice Québec, 2005 (en ligne : <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/administ/guide.htm>).

Québec. Ministère de la Justice. *Rapport du Groupe de travail sur les relations avec les médias dans les palais de justice*. Québec : Justice Québec, 2004.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (le juge en chef Robert et les juges Nuss, Morissette, Doyon et Bich), 2008 QCCA 1910,

R.J.Q. 2303, 62 C.R. (6th) 99, [2008] Q.J. No. 9949 (QL), 2008 CarswellQue 14639, affirming a decision of Lagacé J., 2006 QCCS 5274, [2006] R.J.Q. 2826, [2006] Q.J. No. 14255 (QL), 2006 CarswellQue 14112. Appeal dismissed.

*Barry Landy and François Demers*, for the appellants.

*Pierre Salois and Claude Joyal*, for the respondent the Attorney General of Canada.

*Jean-François Jobin, Marie-Ève Mayer and Dominique A. Jobin*, for the respondent the Attorney General of Quebec.

*Raynold Langlois, Q.C., and Marie Cossette*, for the respondent the Honourable François Rolland, in his capacity as Chief Justice of the Quebec Superior Court.

*Douglas C. Mitchell and Éric Cadi*, for the respondent Barreau du Québec.

*Donald B. Padget*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Mahmud Jamal and Jason MacLean*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Christian Leblanc and Marc-André Nadon*, for the interveners Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, RTNDA Canada/Association of Electronic Journalists, Canadian Association of Journalists, Canadian Journalists for Free Expression and Canadian Publishers' Council.

*Simon V. Potter and Michael A. Feder*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

English version of the judgment of the Court delivered by

[1] DESCHAMPS J. — The open court principle is of crucial importance in a democratic society. It

[2008] R.J.Q. 2303, 62 C.R. (6th) 99, [2008] J.Q. n° 9949 (QL), 2008 CarswellQue 9893, qui a confirmé une décision du juge Lagacé, 2006 QCCS 5274, [2006] R.J.Q. 2826, [2006] J.Q. n° 14255 (QL), 2006 CarswellQue 9008. Pourvoi rejeté.

*Barry Landy et François Demers*, pour les appelantes.

*Pierre Salois et Claude Joyal*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

*Jean-François Jobin, Marie-Ève Mayer et Dominique A. Jobin*, pour l'intimé le procureur général du Québec.

*Raynold Langlois, c.r., et Marie Cossette*, pour l'intimé l'honorable François Rolland, ès qualités de juge en chef de la Cour supérieure du Québec.

*Douglas C. Mitchell et Éric Cadi*, pour l'intimé le Barreau du Québec.

*Donald B. Padget*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Mahmud Jamal et Jason MacLean*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Christian Leblanc et Marc-André Nadon*, pour les intervenants l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques, Association canadienne des journalistes, Journalistes canadiens pour la liberté d'expression et Canadian Publishers' Council.

*Simon V. Potter et Michael A. Feder*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Le jugement de la Cour a été rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Le principe de la publicité des débats judiciaires revêt une



ensures that citizens have access to the courts and can, as a result, comment on how courts operate and on proceedings that take place in them. Public access to the courts also guarantees the integrity of judicial processes inasmuch as the transparency that flows from access ensures that justice is rendered in a manner that is not arbitrary, but is in accordance with the rule of law.

[2] The right to freedom of expression is just as fundamental in our society as the open court principle. It fosters democratic discourse, truth finding and self-fulfilment. Freedom of the press has always been an embodiment of freedom of expression. It is also the main vehicle for informing the public about court proceedings. In this sense, freedom of the press is essential to the open court principle. Nevertheless, it is sometimes necessary to harmonize the exercise of freedom of the press with the open court principle to ensure that the administration of justice is fair. In this appeal, this Court must determine whether certain rules are consistent with the delicate balance between this right, this principle and this objective, all of which are essential in a free and democratic society.

[3] The appellants want to film, take photographs and conduct interviews in the public areas of courthouses, and they also want to broadcast the official audio recordings of court proceedings. There are rules that limit the places where the first of these activities may take place and that prohibit the second. The appellants submit that these rules unjustifiably infringe the freedom of the press to which they are entitled. For the reasons that follow, I consider that the activities in question are protected by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (“*Charter*”), but that the limits on them are justified. I would therefore dismiss the appeal.

#### 1. Impugned Provisions and Positions of the Parties

[4] In conducting a constitutional analysis, a court must consider the context in which the

importance cruciale dans une société démocratique. Il garantit aux citoyens l'accès aux tribunaux, leur permettant ainsi de commenter le fonctionnement de ces institutions et les procédures qui s'y déroulent. L'accès du public aux tribunaux assure également l'intégrité des procédures judiciaires en ce que la transparence qu'il génère garantit que justice est rendue non pas de manière arbitraire, mais bien conformément à la primauté du droit.

[2] Le droit à la liberté d'expression est tout aussi fondamental dans notre société. Il favorise le débat démocratique, la recherche de la vérité et l'épanouissement personnel. La liberté de la presse a depuis toujours incarné la liberté d'expression. Elle constitue d'ailleurs le principal vecteur d'information du public au sujet des débats judiciaires. En ce sens, la liberté de la presse est essentielle au respect du principe de la publicité des débats judiciaires. Néanmoins, il est parfois nécessaire d'harmoniser l'exercice de la liberté de la presse et le principe de la publicité des débats pour assurer une saine administration de la justice. Dans le présent pourvoi, notre Cour est appelée à déterminer si certaines règles respectent l'équilibre délicat entre ce droit, ce principe et cet objectif, tous essentiels dans une société libre et démocratique.

[3] En l'espèce, les appelantes veulent, d'une part, recueillir des images et tenir des entrevues dans les aires publiques des palais de justice et, d'autre part, diffuser les enregistrements sonores officiels des débats judiciaires. Certaines règles limitent le lieu où la première activité peut être exercée et interdisent la deuxième. Les appelantes soutiennent que ces règles enfreignent d'une façon injustifiée leur liberté de presse. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que ces activités sont protégées par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* («*Charte*»), mais que les limites restreignant leur exercice sont justifiées. Je rejette donc l'appel.

#### 1. Dispositions contestées et thèses des parties

[4] L'analyse constitutionnelle requiert l'examen du contexte de l'adoption des dispositions

impugned provisions were adopted. I will accordingly review the legislative history of the provisions in these reasons, but I will begin by presenting them and summarizing the positions of the parties.

[5] The appellants, the Canadian Broadcasting Corporation, Groupe TVA, La Presse ltée and the Fédération professionnelle des journalistes du Québec (the “media organizations”), are asking this Court to declare rules 38.1 and 38.2 of the *Rules of practice of the Superior Court of Québec in civil matters*, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8 (“RPC”), ss. 8.A and 8.B of the *Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Québec, Criminal Division*, 2002, SI/2002-46, am. SI/2005-19 (“RPCr”), and Directive A-10 of Québec’s Ministère de la Justice entitled *Le maintien de l’ordre et du décorum dans les palais de justice* (the “impugned measures”) to be of no force or effect. Rules 38.1 and 38.2 RPC, the wording of which is almost identical to that of ss. 8.A and 8.B RPCr, read as follows:

**38.1 Interviews and use of cameras.** In order to ensure the fair administration of justice, the serenity of judicial hearings and the respect of the rights of litigants and witnesses, interviews and the use of cameras in a courthouse shall only be permitted in the areas designated for such purposes by directives of the chief justices.

**38.2 Broadcasting prohibited.** Any broadcasting of a recording of a hearing is prohibited.

Directive A-10 sets out not only the rule to be followed, but also certain contextual information. I quote it here in its entirety:

[TRANSLATION]

June 23, 2005

Increased media interest in judicial activities and the excesses that have occurred in recent years have led the Ministère de la Justice, taking the views of the judiciary in this respect into account, to review its practices with a view to establishing more effective rules to govern situations in which judicial proceedings generate public and media interest in courthouses.

As a result, the Direction générale des services de justice, as the main occupant of and authority responsible for the courthouses, adopts the following rules to ensure the fair administration of justice, the serenity of

contestées. Je vais en conséquence faire l’historique de ces dispositions dans les présents motifs, mais d’abord je les présenterai et résumerai les thèses des parties.

[5] La Société Radio-Canada, le Groupe TVA, La Presse ltée et la Fédération professionnelle des journalistes du Québec (les « médias ») demandent à notre Cour de déclarer nuls et inopérants les règles 38.1 et 38.2 du *Règlement de procédure civile (Cour supérieure)*, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 8 (« RPC »), les art. 8A et 8B des *Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle (2002)*, TR/2002-46, mod. TR/2005-19 (« RPCr »), et la Directive A-10 du ministère de la Justice du Québec, intitulée *Le maintien de l’ordre et du décorum dans les palais de justice* (les « mesures contestées »). Les règles 38.1 et 38.2 RPC, dont le libellé est presque identique à celui des art. 8A et 8B RPCr, sont rédigées ainsi :

**38.1 Prise d’entrevues et usage de caméras.** Afin d’assurer la saine administration de la justice, la sérénité des débats judiciaires et le respect des droits des justiciables et des témoins, la prise d’entrevues et l’usage de caméras dans un palais de justice ne sont permis que dans les lieux prévus à cette fin par directives des juges en chef.

**38.2 Diffusion interdite.** La diffusion de l’enregistrement d’une audience est interdite.

La Directive A-10 comporte non seulement la norme pertinente, mais aussi des informations contextuelles. Je la reproduis intégralement :

23 juin 2005

L’intérêt accru des médias pour l’activité judiciaire et les débordements survenus au cours des dernières années ont amené le ministère de la justice, en tenant compte des orientations de la magistrature à cet égard, à revoir ses pratiques en vue d’encadrer davantage les événements à caractère judiciaire qui suscitent l’intérêt du public et des médias dans les palais de justice.

En conséquence, la Direction générale des services de justice, à titre de principal occupant et de responsable des palais de justice, adopte les règles suivantes, afin d’assurer la saine administration de la justice, la

judicial hearings and the respect of the rights of litigants and witnesses.

In public areas that fall under the authority of the Direction générale des services de justice, and in the context of court hearings,

- Although free movement of courthouse users is the rule, general or specific safety instructions must be complied with (e.g., cordoned-off areas and security zones);
- obstructing or hindering the free movement of users or blocking their passage is prohibited;
- harassing or following persons in and in front of courthouses, including with cameras and microphones, is prohibited;
- subject to the rules applicable in courtrooms, audio or visual recording of a person is permitted only in front of a courthouse and, inside a courthouse, only, unless otherwise expressly authorized by the director of the courthouse, in areas designated by pictograms;
- it is permitted to request an interview from a person, but not to block the person's passage or to prevent him or her from moving about freely;
- if a person consents to give an interview involving audio or visual recording, the interview must take place in the area of the courthouse designated for this purpose, as identified by pictograms; and
- all persons to whom the above rules apply must comply with them, and failure to do so may result in action up to and including expulsion by the special constables and security officers responsible for enforcing the rules.

The locations of pictograms are to be determined, after consultation with the judiciary and with officials from the Ministère de la Sécurité publique, on the basis of the following criteria:

- access to courtrooms and free movement of persons involved in court proceedings;
- public and media access to judicial information;

sérénité des débats judiciaires et le respect des droits des justiciables et des témoins.

Dans les lieux publics qui relèvent de la Direction générale des services de justice, et dans le contexte des audiences judiciaires :

- Bien que la libre circulation des usagers des palais de justice soit la règle, les consignes de sécurité générales ou ponctuelles doivent être respectées. (ex. : cordon de sécurité, périmètre de sécurité);
- il est interdit d'entraver, de gêner la libre circulation des usagers ou de leur obstruer le passage;
- il est interdit de harceler ou de pourchasser des personnes dans les palais de justice et sur les parvis, y compris avec des caméras et des microphones;
- sous réserve des règles applicables dans les salles d'audience des tribunaux, l'enregistrement sonore ou visuel d'une personne n'est permis que sur les parvis et, sauf autorisation expresse du directeur du palais, qu'à l'intérieur des zones désignées par des pictogrammes dans le palais de justice;
- par contre, il est permis de demander à une personne de donner une entrevue, sans toutefois lui obstruer le passage ni l'empêcher de circuler librement;
- lorsqu'une personne consent à donner une entrevue impliquant un enregistrement sonore ou visuel, celle-ci doit se tenir à l'endroit du palais de justice prévu à cette fin et désigné par pictogramme;
- toute personne visée par les règles énoncées plus haut doit s'y conformer sous peine de mesures pouvant aller jusqu'à l'expulsion par les constables spéciaux et les agents de sécurité chargés de les faire respecter.

L'emplacement des pictogrammes est déterminé, après consultation de la magistrature et des responsables de la Sécurité publique, en fonction des critères suivants :

- l'accès aux salles d'audience et la libre circulation des personnes impliquées dans les affaires judiciaires;
- l'accès du public et des médias à l'information judiciaire;

- order, serenity and decorum in places where justice is administered; and
- no line of sight to courtroom interiors is authorized.

(Ministère de la Justice du Québec, *Guide des relations avec les médias et de la gestion des événements d'envergure et à risque* (2005), appendix 4)

[6] The media organizations submit that the impugned measures limit their right to freedom of the press under s. 2(b) of the *Charter* and that the limits in question cannot be justified under s. 1 thereof. Where filming, taking photographs and conducting interviews are concerned, the media organizations argue that these activities are not incompatible with the location in which they would be undertaken, namely courthouses. They argue that these activities have always taken place in Quebec courthouses and that there is no evidence that such activities have disrupted court proceedings. As for the broadcasting of recordings of hearings, the media organizations submit that the chosen method of expression, in and of itself, conveys a meaning and must therefore be protected. They also argue that the respondents have failed to submit cogent evidence that the adoption of the impugned measures was justified.

[7] The respondents do not dispute that the activities in issue have expressive content and that they fall *prima facie* within the scope of s. 2(b). However, they submit that these activities cannot be protected by the *Charter*, since the location of the activities is incompatible with the values underlying freedom of expression in the case of filming, taking photographs and conducting interviews, as is the method of expression in the case of the broadcasting of recordings. The respondents assert that even if the Court were to find that freedom of expression had been infringed, the infringement would be justified, as the prohibited journalistic activities have an adverse effect on decorum, on the serenity of hearings, on truth finding and on the privacy of participants in the justice system.

- l'ordre, la sérénité et le décorum des lieux où la justice est administrée;
- aucun accès visuel à l'intérieur des salles d'audience n'est autorisé.

(Ministère de la Justice du Québec, *Guide des relations avec les médias et de la gestion des événements d'envergure et à risque* (2005), annexe 4)

[6] Les médias soutiennent que les mesures contestées limitent la liberté de presse que leur garantit l'al. 2b) de la *Charte* et que ces limites ne peuvent être justifiées au regard de l'article premier de ce texte. Pour ce qui est de la prise d'images et de la tenue d'entrevues, les médias avancent que ces activités ne sont pas incompatibles avec le lieu de leur exercice, soit les palais de justice. Selon eux, les palais de justice du Québec ont toujours été le lieu de telles activités et aucune preuve n'a démontré que celles-ci auraient perturbé les affaires judiciaires. Pour ce qui est de la diffusion des enregistrements des audiences, les médias prétendent que le mode d'expression choisi est, en lui-même, porteur de signification et doit donc être protégé. En outre, les médias affirment que les intimés n'ont présenté aucune preuve de nature à établir de façon convaincante que l'adoption des mesures contestées était justifiée.

[7] Les intimés ne contestent pas que les activités visées ont un contenu expressif et qu'elles relèvent à première vue du champ d'application de l'al. 2b). Cependant, ils soutiennent qu'elles ne peuvent bénéficier de la protection de la *Charte*, puisque le lieu des activités (en ce qui concerne la prise d'images et la tenue d'entrevues) et le mode d'expression (en ce qui concerne la diffusion des enregistrements) sont incompatibles avec les valeurs sous-jacentes de la liberté d'expression. Les intimés affirment que, si la Cour devait conclure à une atteinte à la liberté d'expression, cette atteinte serait néanmoins justifiée, parce que les activités journalistiques prohibées ont une incidence négative sur le décorum, la sérénité des débats, la recherche de la vérité et la vie privée des participants au système de justice.

## 2. Judicial History

[8] After a hearing that lasted 17 days, at which many lay and expert witnesses were heard and extensive documentary evidence was adduced, Lagacé J. of the Superior Court dismissed the application of the media organizations (2006 QCCS 5274, [2006] R.J.Q. 2826). Conducting the analysis proposed by this Court in *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141, he found that the activities prohibited by the impugned measures had expressive content and that neither the method of expression nor the location in which the activities would be undertaken conflicted with the purposes s. 2(b) of the *Charter* was intended to serve. On that basis, he found that the activities were protected by s. 2(b), but he held that the measures were justified within the meaning of s. 1 of the *Charter*. His judgment was appealed.

[9] The Court of Appeal dismissed the appeal, holding unanimously that the protection of s. 2(b) of the *Charter* does not give the media an unrestricted right to conduct interviews, film and take photographs in courthouses (2008 QCCA 1910 (CanLII), [2008] R.J.Q. 2303). Robert C.J.Q., writing for the court, concluded that allowing photographers and journalists to move about freely to film, take photographs or conduct interviews will always be likely to disturb the tranquility and decorum that are essential in light of the purpose of the place (para. 65). The five judges accordingly found that although the prohibited journalistic activities were expressive in nature, they were incompatible with the purpose of a courthouse (para. 66).

[10] On the issue of broadcasting recordings of hearings, the majority of the Court of Appeal (Robert C.J.Q. and Morissette and Doyon J.J.A.) found that this method of expression undermined the values that underlie freedom of expression, since [TRANSLATION] “unrestricted re-transmission of the voices of parties, judges, and lawyers in the media is [not] compatible with a proper administration of justice” (para. 67). According to the majority, “freedom of the press [does] not include the right to the best image or the most penetrating reporting” (para. 72).

## 2. Historique judiciaire

[8] Au terme de 17 jours d’audience, pendant lesquels de nombreux témoins ordinaires et experts ont été entendus et une abondante preuve documentaire a été produite, le juge Lagacé de la Cour supérieure rejette la demande des médias (2006 QCCS 5274, [2006] R.J.Q. 2826). Appliquant l’analyse proposée par notre Cour dans l’arrêt *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141, il estime que les activités prohibées par les mesures contestées possèdent un contenu expressif et que ni le mode d’expression ni le lieu d’exercice des activités ne vont à l’encontre des objectifs que l’al. 2b) de la *Charte* est censé favoriser. Par conséquent, il est d’avis que les activités sont protégées par l’al. 2b), mais que les mesures sont justifiées au sens de l’article premier de la *Charte*. Ce jugement est porté en appel.

[9] La Cour d’appel rejette le pourvoi (2008 QCCA 1910, [2008] R.J.Q. 2303). À l’unanimité, elle juge que la tenue d’entrevues et la prise d’images sans restriction par les médias dans les palais de justice ne bénéficient pas de la protection de l’al. 2b) de la *Charte*. Sous la plume du juge en chef Robert, la Cour d’appel conclut que le fait de permettre aux photographes et aux journalistes de se déplacer librement à la recherche d’images ou d’entrevues est toujours susceptible d’affecter la quiétude et le décorum essentiels à la vocation des lieux (par. 65). Par conséquent, quoique expressives, les activités journalistiques prohibées sont, selon les cinq juges, incompatibles avec la destination des palais de justice (par. 66).

[10] En ce qui concerne la diffusion des enregistrements des audiences, la majorité de la Cour d’appel (le juge en chef Robert et les juges Morissette et Doyon) est d’avis que ce mode d’expression mine les valeurs sous-jacentes de la liberté d’expression, puisqu’il n’est pas « compatible avec une bonne administration de la justice que la voix des justiciables, des juges et des avocats soit retransmise sans restriction dans les médias » (par. 67). Selon la majorité, « la liberté de presse n’inclu[t] pas le droit à la meilleure image ni au reportage le plus percutant » (par. 72).

[11] Nuss and Bich J.J.A., dissenting on the issue of broadcasting recordings, considered that the prohibition on broadcasting recordings infringed s. 2(b) of the *Charter* and could not be justified under s. 1. They found that the impugned measures were overbroad in that they prohibited audio broadcasts not only of the testimony of ordinary witnesses, but also of what was said by judges and counsel. To remedy this infringement, Nuss J.A. suggested that the impugned provisions be read down, whereas Bich J.A. would have left it to the Superior Court judges to establish new rules.

### 3. Issues

[12] The Chief Justice stated six constitutional questions on May 28, 2009. They can be summarized as follows:

1. Do rules 38.1 and 38.2 of the *Rules of practice of the Superior Court of Québec in civil matters*, R.R.Q., c. C-25, r. 8, ss. 8.A and 8.B of the *Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Québec, Criminal Division, 2002*, SI/2005-19, and Directive A-10 of the Ministère de la Justice du Québec entitled *Le maintien de l'ordre et du décorum dans les palais de justice* infringe s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

### 4. Analysis

[13] This case concerns two activities, each of which is governed by specific provisions. Although the analyses to determine whether the two impugned measures are constitutional require the consideration of distinct factors, the applicable principles are, for the most part, the same in both cases.

#### 4.1 *Context of the Adoption of the Impugned Measures*

[14] The statutory provisions that authorize the judges of the Superior Court to make rules of

[11] Pour leur part, les juges Nuss et Bich, dissidents sur la question de la diffusion des enregistrements, estiment que l'interdiction visant la diffusion des enregistrements porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte* et ne peut être justifiée au regard de l'article premier. Ils concluent que les mesures contestées ont une portée trop vaste, en ce qu'elles interdisent non seulement la diffusion sonore des témoignages ordinaires, mais également celle des propos des juges et des avocats. Comme réparation à cette atteinte, le juge Nuss suggère d'appliquer le principe de l'interprétation atténuante, alors que le juge Bich laisserait aux juges de la Cour supérieure la responsabilité d'établir de nouvelles règles.

### 3. Questions en litige

[12] Le 28 mai 2009, la Juge en chef a formulé six questions constitutionnelles qui peuvent être résumées ainsi :

1. Les règles 38.1 et 38.2 du *Règlement de procédure civile*, R.R.Q., ch. C-25, r. 8, les art. 8A et 8B des *Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle (2002)*, TR/2005-19, et la Directive A-10 du ministère de la Justice du Québec, intitulée *Le maintien de l'ordre et du décorum dans les palais de justice*, contreviennent-ils à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable qui est prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

### 4. Analyse

[13] Deux activités sont visées, chacune étant régie par des dispositions particulières. Quoique l'analyse de la validité constitutionnelle des mesures contestées requière la prise en considération de facteurs distincts, les principes applicables sont, pour la plupart, les mêmes dans les deux cas.

#### 4.1 *Contexte d'adoption des mesures contestées*

[14] L'habilitation législative des juges de la Cour supérieure à adopter des règles de pratique se trouve

practice are art. 47 of the *Quebec Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 (“C.C.P.”), and ss. 482(1) and 482.1(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“Cr. C.”). The purpose of the rules of practice applicable in civil matters is to ensure the “proper carrying out” of the C.C.P. (art. 47 C.C.P.), while one of the purposes of the rules of practice applicable in criminal matters relates to “the determination of any matter that would assist the court in effective and efficient case management” (s. 482.1(1)(a) Cr. C.) (see *Lac d’Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 SCC 51, [2001] 2 S.C.R. 743, at paras. 36-38, and D. Ferland and B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1 (4th ed. 2003), at p. 112). The rules of practice applicable in civil matters are published in the *Gazette officielle du Québec* (art. 48 C.C.P.), while those applicable in criminal matters are published in the *Canada Gazette* (s. 482(4) Cr. C.).

[15] The rules of practice of course contain more than just the impugned measures. They establish a code of conduct for users of courtrooms. For example, they provide that all persons attending a hearing must rise when the judge enters the courtroom and remain standing until the judge is seated (rule 33 RPC and s. 4 RPCr), and that everyone must be suitably attired (rule 35 RPC and s. 7 RPCr). Article 14 C.C.P. provides that “[p]ersons present at sittings of the courts must maintain a respectful attitude, remain silent and refrain from showing their approval or disapproval of the proceedings”. It is clear from these rules that courtrooms are places with a specific purpose, and that purpose requires that special attention be paid to the proceedings taking place in courtrooms and to the people who participate in those proceedings.

[16] The original rule applicable to the activities of journalists in civil courtrooms was rule 16 of the 1966 *Rules of practice of the Superior Court*, (1966) 98 Q.O.G., 4094, which prohibited reading newspapers and taking photographs in courtrooms. In 1974, rule 16 was amended to prohibit, at hearings, “[a]nything that interferes with the decorum and good order of the court”, as well as

à l’art. 47 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« C.p.c. »), et aux par. 482(1) et 482.1(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« C. cr. »). Les règles de pratique applicables en matière civile ont pour objet d’assurer la bonne exécution de la procédure civile (art. 47 C.p.c.), et celles applicables en matière criminelle ont notamment pour objet de « régler toute question qui [. . .] aiderait [le tribunal] à gérer les instances de manière efficiente et efficace » (al. 482.1(1)a) C. cr.) (voir *Lac d’Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743, par. 36-38, et D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1 (4<sup>e</sup> éd. 2003), p. 112). Les règles de pratique en matière civile sont publiées dans la *Gazette officielle du Québec* (art. 48 C.p.c.) et celles applicables en matière criminelle dans la *Gazette du Canada* (par. 482(4) C. cr.).

[15] Les règles de pratique vont évidemment au-delà des mesures contestées. Elles établissent un code régissant la conduite des usagers des salles d’audience. Par exemple, elles précisent que toute personne présente à l’audience doit se lever quand le juge entre dans la salle d’audience et demeurer debout jusqu’à ce qu’il ait pris place dans son siège (règle 33 RPC et art. 4 RPCr), et que tous doivent être convenablement vêtus (règle 35 RPC et art. 7 RPCr). L’article 14 C.p.c. prévoit que « [c]eux qui assistent aux audiences doivent s’y comporter avec respect, garder le silence et s’abstenir de manifester leur approbation ou leur désapprobation de ce qui s’y passe ». Il ressort de ces règles que les salles d’audience sont des lieux destinés à une fin précise, laquelle requiert qu’on accorde une attention particulière au processus s’y déroulant et aux personnes participant à celui-ci.

[16] À l’origine, les activités journalistiques dans les salles d’audiences civiles étaient régies par la règle 16 des *Règles de pratique de la Cour Supérieure*, (1966) 98 G.O.Q., 4094. Cette règle prohibait la lecture de journaux et la prise de photographies dans les salles d’audience. En 1974, elle a été modifiée pour interdire à l’audience « tout ce qui porte atteinte au décorum et au bon ordre de la

“[t]he reading of newspapers [and] the practice of photography, cinematography, broadcasting or television” (*Rules of practice of the Superior Court of the Province of Québec in civil matters*, (1974) 106 Q.O.G. II, 1955, rule 32). It was also in 1974 that the first rules of practice applicable in criminal matters — rule 5 of which reproduced the words of the rule applicable in civil matters — were made (*Rules of Practice of the Court of Queen’s Bench (Crown Side) of the Province of Quebec*, SI/74-53, (1974) 108 Can. Gaz. II, 1535). In the 1981 revision of Quebec’s regulations, rule 32 became rule 36 (*Rules of practice of the Superior Court of Québec in civil matters*, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8).

[17] Then, in 1988, the rules of practice — both those applicable in civil matters and those applicable in criminal matters — were amended to add the following provision: “Sound recording of the proceedings and of the decision, as the case may be, by the media, shall be permitted unless the judge decides otherwise. Such recordings shall not be broadcast” (*Amendments to the Rules of Practice of the Superior Court of Québec in Civil Matters*, (1988) 120 G.O.Q. II, 1941, s. 2; *Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division, amendment*, SI/89-52, (1989) 123 Can. Gaz. II, 1016, s. 2). The evidence shows that this permission to record proceedings was granted to the media to facilitate their work and foster reporting accuracy (Sup. Ct., at para. 16).

[18] The prohibition against broadcasting their own recordings led some media organizations to broadcast excerpts from the courts’ official audio recordings (Sup. Ct., at para. 59; R.F. HFR, at para. 9; A.F., at para. 13). In the opinion of the Superior Court judges, the purpose of the prohibition in the 1988 rule was to prevent the broadcasting of any recordings, and using official recordings was simply a way to circumvent that prohibition (R.F. HFR, at paras. 8-9). They then adopted rule 38.2 RPC and s. 8.A RPCr, which expressly prohibit the broadcasting of official recordings, as a corrective measure.

Cour » ainsi que « la lecture des journaux, la photographie, la cinématographie, la radiodiffusion et la télévision » (*Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matières civiles*, (1974) 106 G.O.Q. II, 1955, règle 32). C’est également en 1974 qu’ont été adoptées les premières règles de pratique en matière criminelle, dont la règle 5, qui reprenait le libellé de la règle applicable en matière civile (*Règles de pratique de la Cour du Banc de la Reine (juridiction criminelle) du Québec*, TR/74-53, (1974) 108 Gaz. Can. II, 1535). Lors de la refonte des règlements du Québec en 1981, la règle 32 est devenue la règle 36 (*Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matières civiles*, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 8).

[17] Puis, en 1988, les règles de pratique — tant en matière civile qu’en matière criminelle — ont été modifiées par l’ajout de la disposition suivante : « L’enregistrement sonore par les médias des débats et de la décision, le cas échéant, est permis, sauf interdiction du juge. La diffusion sonore d’un tel enregistrement est interdite » (*Modifications aux Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matières civiles*, (1988) 120 G.O.Q. II, 2512, art. 2; *Règles de pratique de la Cour Supérieure du Québec, chambre criminelle – Modification*, TR/89-52, (1989) 123 Gaz. Can. II, 1016, art. 2). La preuve révèle que la permission d’enregistrer les débats a été accordée aux médias afin de faciliter leur travail et de favoriser l’exactitude de leurs comptes rendus (C.S., par. 16).

[18] Comme les médias ne pouvaient diffuser leurs propres enregistrements, certains d’entre eux diffusaient des extraits des enregistrements sonores officiels des palais de justice (C.S., par. 59; m.i. HFR, par. 9; m.a., par. 13). Selon les juges de la Cour supérieure, l’interdiction prévue par la règle adoptée en 1988 avait pour but de prévenir la diffusion de tout enregistrement et l’utilisation des enregistrements officiels n’était qu’une façon de contourner cette interdiction (m.i. HFR, par. 8-9). Pour corriger la situation, la règle 38.2 RPC et l’art. 8A RPCr — qui prohibent expressément la diffusion des enregistrements officiels — ont par la suite été adoptés par les juges.



[19] Before the impugned measures were adopted, journalists could move about freely in the public areas of Quebec courthouses, with or without equipment for recording sound, filming or taking photographs. According to the evidence accepted by the motion judge, “on-the-spot” interviews make journalists’ reports more interesting. However, as a result of the way journalists went about their work, crowds would form in front of courtroom doors, it would be difficult to get through doorways and there would be crushes, races down hallways and jostling. The evidence also shows that media representatives did not always comply with special security measures implemented by courthouse administrators (Sup. Ct., at paras. 46, 62 and 66).

[20] In addition to affecting the serenity of hearings and decorum, the increased presence of journalists in courthouses was a source of great stress for witnesses and their families. Some participants even refused to appear in court for this reason. Some lawyers testified that they had been forced to adopt a strategy of making a brief statement prepared in advance in order to [TRANSLATION] “negotiate their right of passage” (Sup. Ct., at paras. 68-69 and 74).

[21] In June 2004, in response to certain incidents, the associate deputy minister and the director general of the Direction générale des services de justice set up a working group to study the problems related to the increased presence of journalists in Quebec courthouses and to propose possible solutions. In a report submitted on October 19, 2004 (the “Report”), the working group made the following observations:

[TRANSLATION]

- Incidents of jostling involving media representatives are not uncommon. They can take all kinds of turns. . . .
- All too frequently as well, journalists and camera operators harass witnesses, victims and accused persons or their families by following them in courthouse hallways, escalators or elevators, or outside to parking lots and cars . . . .

[19] Jusqu’à l’adoption des mesures contestées, les journalistes pouvaient circuler librement dans toutes les aires publiques des palais de justice du Québec, munis ou non d’appareils leur permettant d’enregistrer des sons ou des images. Selon la preuve retenue en première instance, les entrevues « à chaud » rehaussent l’intérêt des reportages des médias. Cependant, les pratiques des journalistes entraînaient des attroupements devant les portes des salles d’audiences, gênaient l’utilisation des portes et donnaient lieu à des cohues, à des courses dans les corridors et à des bousculades. La preuve révèle également que les mesures spéciales de sécurité mises en place par les administrateurs des palais de justice n’étaient pas toujours respectées par les représentants des médias (C.S., par. 46, 62 et 66).

[20] En plus d’affecter la sérénité des débats et le décorum, la présence accrue des journalistes dans les palais de justice créait un stress important pour les témoins et leur famille. Certains participants refusaient même, pour ce motif, de se présenter à la Cour. Des avocats ont témoigné avoir dû adopter comme stratégie de faire une brève déclaration préparée à l’avance afin de « négocier leur droit de passage » (C.S., par. 68-69 et 74).

[21] Par suite de certains événements, la sous-ministre associée et directrice générale des services de justice a constitué, en juin 2004, un groupe de travail auquel elle a confié le mandat d’examiner les problèmes reliés à la présence accrue des journalistes dans les palais de justice du Québec et de proposer des pistes de solution. Dans un rapport déposé le 19 octobre 2004 (le « Rapport »), le groupe de travail a fait les constatations suivantes :

- Les incidents de bousculade avec les représentants des médias ne sont pas rares. Ils peuvent prendre toutes sortes de tournures. . .
- Trop fréquemment aussi, journalistes et caméramans harcèlent des témoins, des victimes et des accusés ou leur famille en les poursuivant dans le hall du palais, les escaliers mobiles, les ascenseurs ou à l’extérieur jusque dans les stationnements et les automobiles . . .

- Lawyers, both those for the prosecution and those for the defence, must also go through scrums, which are crushes that take place regularly at courtroom exits in which they are forced to answer a myriad of questions on the spot . . . .

. . . .

- Because the hallways are often narrow, jostling can entail a risk of injuries. . . .

- When the jostling becomes particularly unruly, it can cause damage to equipment.

- The conduct and the serenity of hearings can be disrupted, with all the inconveniences, or even pernicious consequences, that this entails.

. . . .

- The public, participants' families and friends, and members of the media are frustrated when they have trouble getting into courtrooms or when there is not enough room for them inside, which often leads to disturbances and commotions around and even inside the rooms.

(Ministère de la Justice du Québec, *Rapport du Groupe de travail sur les relations avec les médias dans les palais de justice* (2004), at pp. 7-8)

[22] The Report convinced the judges of the Superior Court that they had to act to restore order. At a general meeting convened for that purpose, they adopted rules 38.1 and 38.2 RPC and ss. 8.A and 8.B RPCr (*Regulation (2005) amending the Rules of practice in civil matters*, (2004) 136 G.O.Q. II, 3527, s. 1; *Rules Amending the Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division, 2002*, SI/2005-19, (2005) 139 Can. Gaz. II, 417, s. 1). After these rules had been adopted, the Chief Justice of the Superior Court made the *Rules governing filming, picture taking and interviewing*, which applied to cases heard by the Superior Court in courthouses of the Montréal Division (the *Rules governing filming, picture taking and interviewing* are reproduced in the Appendix).

[23] Since the Superior Court's rules of practice did not apply to all judicial activities in Quebec,

- Les avocats, tant de la poursuite que de la défense, doivent eux aussi subir les « scrum », ces bousculades qui surviennent régulièrement à la sortie des salles d'audience et lors desquelles les avocats sont contraints de répondre sur-le-champ à une myriade de questions . . . .

. . . .

- L'espace souvent restreint dans les corridors fait encourir, dans les cas de bousculade, des risques de blessure. . . .

- Lors de bousculades vigoureuses, il peut survenir des bris de matériel.

- Le déroulement et la sérénité des audiences peuvent se trouver perturbés, avec tous les inconvénients voire les effets pervers que cela entraîne.

. . . .

- La difficulté d'accéder à la salle d'audience ou le manque de place pour eux à l'intérieur sont source de frustration pour le public, les proches des personnes impliquées et les médias et engendrent souvent l'agitation et la cohue aux abords et même à l'intérieur de la salle.

(Ministère de la Justice du Québec, *Rapport du Groupe de travail sur les relations avec les médias dans les palais de justice* (2004), p. 7-8)

[22] Le Rapport a convaincu les juges de la Cour supérieure de la nécessité d'agir pour rétablir l'ordre. À une assemblée générale convoquée à cette fin, les juges ont adopté les règles 38.1 et 38.2 RPC et les art. 8A et 8B RPCr (*Règlement (2005) modifiant le Règlement de procédure civile*, (2004) 136 G.O.Q. II, 5270, art. 1; *Règles modifiant les Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle* (2002), TR/2005-19, (2005) 139 Gaz. Can. II, 417, art. 1). Après l'adoption de ces règles, le Juge en chef de la Cour supérieure a établi les *Directives concernant la prise d'images et la tenue d'entrevues*, applicables aux affaires procédant devant la Cour supérieure dans les palais de justice relevant de la division de Montréal (ces directives sont reproduites en annexe).

[23] Subséquemment, comme les règles de pratique de la Cour supérieure ne s'appliquaient pas

Directive A-10 was subsequently issued to ensure consistency (R.F. AGQ, at para. 14). This directive sets out rules for the use of certain public areas of all courthouses. It is not a measure of internal management. Rather, its purpose is to regulate certain aspects of the use by the public and by journalists of spaces located inside courthouses, thereby establishing a framework for the relations of the public and of journalists with the government. The enabling provision for this directive is s. 3(c) of the *Act respecting the Ministère de la Justice*, R.S.Q., c. M-19, which provides that the Minister of Justice exercises superintendence over “all matters connected with the administration of justice in Québec except those assigned to the Minister of Public Security”. The management of courthouses and the adoption of rules governing access to courthouses and to judicial information clearly relate to the administration of justice. Paragraph 2 of Directive A-10 states that the directive was issued by the Ministère de la Justice [TRANSLATION] “to ensure the fair administration of justice, the serenity of judicial hearings and the respect of the rights of litigants and witnesses”.

[24] Directive A-10 was published, *inter alia*, as an appendix to the *Guide des relations avec les médias et de la gestion des événements d’envergure et à risque* in November 2005.

[25] After the impugned measures were adopted, pictograms and floor markings were placed in courthouses to indicate the areas where interviews, filming and taking photographs would be permitted. The locations of these areas vary from one courthouse to another. Certain changes were made in response to requests from journalists.

[26] This brief overview paints a general picture of the context of the adoption of the impugned measures. This brings me to an analysis of the validity of each of these measures under s. 2(b) of the *Charter*.

à l’ensemble des activités judiciaires au Québec, la Directive A-10 a été adoptée pour assurer cette uniformité (m.i. PGQ, par. 14). La directive établit ainsi des règles relatives à l’usage de certains espaces publics dans tous les palais de justice. Il ne s’agit pas d’une mesure de régie interne. La directive vise plutôt à encadrer certains aspects de l’utilisation par le public et par les journalistes des espaces situés à l’intérieur des palais de justice et à organiser ainsi les rapports entre ces personnes et l’administration publique. L’habilitation législative à établir cette directive se trouve à l’al. 3c) de la *Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.Q., ch. M-19, qui prévoit que le ministre de la Justice surveille « toutes les matières qui concernent l’administration de la justice au Québec à l’exception de celles qui sont attribuées au ministre de la Sécurité publique ». La gestion des palais de justice ainsi que l’adoption de normes régissant l’accès à ces lieux et à l’information judiciaire relèvent clairement de l’administration de la justice. Au paragraphe 2 de la Directive A-10, on peut d’ailleurs lire que cette dernière a été adoptée par le ministère de la Justice « afin d’assurer la saine administration de la justice, la sérénité des débats judiciaires et le respect des droits des justiciables et des témoins ».

[24] La Directive A-10 a notamment été publiée en annexe au *Guide des relations avec les médias et de la gestion des événements d’envergure et à risque* en novembre 2005.

[25] Suivant l’adoption des mesures contestées, on a délimité au moyen de pictogrammes et de pastilles au sol les zones où la tenue d’entrevues et la prise d’images sont permises dans les palais de justice. Ces zones varient d’un palais de justice à l’autre. Certaines modifications ont été apportées à la suite de demandes en ce sens de la part de journalistes.

[26] Ce bref survol brosse un portrait global du contexte entourant l’adoption des mesures contestées. Cela m’amène à l’analyse de la validité de chacune de ces mesures au regard de l’al. 2b) de la *Charte*.

## 4.2 *Protection of Journalistic Activities*

[27] The case law on the right to freedom of expression and the open court principle is extensive. Since my analysis will be based on those authorities, it will be helpful to summarize the key principles. I will then apply these principles to the review of the impugned measures.

[28] In *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at p. 183, Dickson J. (as he then was) quoted the following passage from Bentham: “In the darkness of secrecy, sinister interest and evil in every shape have full swing. Only in proportion as publicity has place can any of the checks applicable to judicial injustice operate. Where there is no publicity there is no justice.’ ‘Publicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion and the surest of all guards against improbity. . . .’” Thus, openness fosters the fair administration of justice and, like a watchdog, protects citizens from arbitrary state action (*Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721, at para. 1; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 22). It therefore helps to maintain and to enhance public confidence in, and serves in a way as a guarantee of, the integrity of the court system. To be able to provide adequate support for this multifaceted role of openness, journalists must have access to information relating to the courts and must be able to broadcast it as freely as possible.

[29] Openness not only guarantees the integrity of the judicial system, but also makes it possible for the public to obtain information, and to express opinions and criticisms, regarding the administration of justice. In *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1340, Cory J. pointed out that “[i]t is only through the press that most individuals can really learn of what is transpiring in the courts” (see also *New Brunswick*, at para. 23). In saying this, he was echoing Fauteux C.J.’s comment that [TRANSLATION] “[o]penness would be a myth if the media were not

## 4.2 *Protection des activités journalistiques*

[27] Le droit à la liberté d’expression et le principe de la publicité des débats judiciaires ont fait l’objet d’une abondante jurisprudence. Comme mon analyse s’appuie sur ces acquis, il est utile d’en rappeler les principaux fondements. J’appliquerai ensuite ces principes à l’examen des mesures contestées.

[28] Comme le rappelait le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, p. 183, en citant Bentham, « “[d]ans l’ombre du secret, de sombres visées et des maux de toutes formes ont libre cours. Les freins à l’injustice judiciaire sont intimement liés à la publicité. Là où il n’y a pas de publicité, il n’y a pas de justice.” “La publicité est le souffle même de la justice. Elle est l’aiguillon acéré de l’effort et la meilleure sauvegarde contre la malhonnêteté. . . .” » Ainsi, la publicité des débats favorise la saine administration de la justice et, tel un chien de garde, protège les citoyens contre l’action arbitraire de l’État (*Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721, par. 1; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 22). La publicité des débats aide donc à maintenir et à renforcer la confiance du public dans la probité du système judiciaire et constitue en quelque sorte une garantie de cette probité. Pour être en mesure d’appuyer adéquatement le rôle à multiples volets de la publicité des débats, les journalistes doivent avoir accès à l’information judiciaire et pouvoir la diffuser le plus librement possible.

[29] Non seulement la publicité des débats garantit-elle la probité du système judiciaire, mais elle permet aussi à la population d’être informée sur la façon dont la justice est administrée et d’émettre des opinions et des critiques à cet égard. Dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1340, le juge Cory rappelle que « [c]’est par l’intermédiaire de la presse seulement que la plupart des gens peuvent réellement savoir ce qui se passe devant les tribunaux » (voir aussi *Nouveau-Brunswick*, par. 23). Il faisait ainsi écho aux propos du juge en chef Fauteux, qui

given legitimate access to the courts in order to witness all stages of proceedings, and the freedom to make accurate and honest reports of those proceedings” (G. Fauteux, *Le livre du magistrat* (1980), at p. 70, quoted in *R. v. Southam Inc.*, [1988] R.J.Q. 307 (C.A.), at p. 312).

[30] It is clear from the multifaceted role of openness that this principle has a direct relationship with the freedom of expression of the public — including freedom of the press — and with other rights — such as those to a fair trial, to liberty and to privacy — at stake in court proceedings. Freedom of the press and the principle of the proper administration of justice are therefore closely interrelated in several respects, but care must nevertheless be taken not to confuse them with one another.

[31] In the instant case, it is freedom of expression, including freedom of the press, that the media organizations are relying on first. The media organizations argue that courthouses are places where the protection of freedom of expression is strong and where there are no restrictions on the ability of the media to employ the means available to them to prepare more accurate reports.

[32] This Court has noted on numerous occasions that the protection of s. 2(b) of the *Charter* is not without limits and that governments should not be required to justify every exclusion or regulation of a form of expression — whether it concerns the location or the means of employing that form of expression — under s. 1 (*City of Montréal*, at para. 79; *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673, at para. 20; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295, at para. 28; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers’ Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815, at para. 30). This is just as true in the context of freedom of the press. Therefore, what must be determined in the case at bar is whether the activities the media organizations want to engage in are protected by s. 2(b) and, if so, whether the limits on

avait écrit que « [l]a publicité des débats judiciaires serait un mythe, si on ne reconnaissait pas aux médias un droit d’accès légitime aux tribunaux, pour y être témoins de toutes les étapes des débats, et la liberté d’en faire un reportage fidèle et honnête » (G. Fauteux, *Le livre du magistrat* (1980), p. 70, cité dans *R. c. Southam Inc.*, [1988] R.J.Q. 307 (C.A.), p. 312).

[30] Ce rôle multiple de la publicité des débats fait bien ressortir le lien direct entre ce principe et la liberté d’expression du public, y compris celle de la presse, et d’autres droits comme le droit à un procès équitable, le droit à la liberté et le droit à la vie privée qui entrent en jeu dans les instances judiciaires. La liberté de la presse et le principe de la saine administration de la justice sont donc à plusieurs égards intimement liés, mais il faut néanmoins se garder de les confondre.

[31] Dans la présente affaire, c’est la liberté d’expression, y compris la liberté de la presse, que les médias invoquent en premier lieu. Ils avancent que les palais de justice sont des lieux privilégiés d’exercice de la liberté d’expression et qu’ils peuvent y utiliser sans contrainte les moyens à leur disposition pour réaliser des reportages plus fidèles.

[32] Notre Cour a maintes fois rappelé que la protection garantie par l’al. 2b) de la *Charte* n’est pas illimitée et que les gouvernements ne devraient pas être tenus de justifier au regard de l’article premier chaque exclusion ou réglementation d’une forme d’expression, qu’il s’agisse du lieu ou mode d’exercice de cette forme d’expression (*Ville de Montréal*, par. 79; *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673, par. 20; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295, par. 28; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers’ Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815, par. 30). Cette observation vaut tout autant pour la liberté de la presse. Par conséquent, il s’agit en l’espèce de déterminer si les activités que les médias veulent exercer sont protégées par l’al. 2b) et, dans l’affirmative, si les

engaging in those activities that are imposed by the impugned provisions are justified.

[33] In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. proposed a two-step analysis for determining whether a given expressive activity is protected by the *Charter*. The court must first ask whether the activity falls within a sphere protected by freedom of expression, and if the answer is yes, it must then inquire into the purpose or effect of the government action in issue so as to determine whether freedom of expression has been restricted (pp. 967 and 971).

[34] Where the first step of the analysis is concerned, *Irwin Toy* lay the groundwork for a large and liberal interpretation of freedom of expression. *Prima facie*, freedom of expression protects all expressive activity (p. 970). For an expressive activity to be protected, the plaintiff must show not that the activity actually conveyed a message with a meaning, but simply “that it was performed to convey a meaning” (p. 969).

[35] It was also recognized in *Irwin Toy* that an expressive activity has both form and content and that certain forms of expression — where, for example, violence is the method of expression — may cause the activity to be excluded from the scope of the constitutional protection (*Irwin Toy*, at pp. 968-70; see also *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, at para. 31; *Greater Vancouver*, at para. 28; *City of Montréal*, at para. 60; *Baier*, at para. 20; and *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at para. 105). This approach to freedom of expression was clarified in *City of Montréal*. Although the Court confirmed that all expressive content is, *prima facie*, worthy of protection, it then added that an expressive activity may be excluded from s. 2(b) protection because of how it is undertaken — the *method* of expression — or because of the *location* where it would take place.

[36] The *method* of expression is one aspect of the form of a message, regardless of the content being

limites imposées à l'exercice de celles-ci par les dispositions contestées sont justifiées.

[33] Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson ont suggéré une analyse en deux temps afin de déterminer si une activité expressive est protégée par la *Charte*. Le tribunal se demande d'abord si l'activité fait partie d'une sphère protégée par la liberté d'expression et, si c'est le cas, il examine l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale visée pour déterminer s'il y a restriction à la liberté d'expression (p. 967 et 971).

[34] À la première étape de l'analyse, l'arrêt *Irwin Toy* a jeté les bases d'une conception large et libérale de la liberté d'expression. Celle-ci protège *a priori* toute activité expressive (p. 970). Pour que de telles activités soient protégées, le demandeur n'a pas à établir qu'elles ont effectivement transmis un message possédant une signification, mais bien seulement « qu'elles avaient pour but de transmettre un message » (p. 969).

[35] L'arrêt *Irwin Toy* a également reconnu qu'une activité expressive possède à la fois une forme et un contenu, et que certaines formes d'expression peuvent avoir pour effet d'exclure l'activité du champ d'application de la protection constitutionnelle — c'est le cas lorsque la violence est le mode d'expression utilisé (*Irwin Toy*, p. 968-970; voir aussi *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, par. 31; *Greater Vancouver*, par. 28; *Ville de Montréal*, par. 60; *Baier*, par. 20; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 105). La portée de cette conception de la liberté d'expression a été explicitée dans l'arrêt *Ville de Montréal*. Confirmant d'abord que tout contenu expressif mérite *a priori* d'être protégé, la Cour a toutefois précisé qu'une activité expressive peut se voir refuser le bénéfice de la protection de l'al. 2b) en raison de la façon dont elle est exercée — le *mode* d'expression — ou du *lieu* où elle se déroule.

[36] Le *mode* d'expression est un aspect de la forme que prend un message, sans égard au contenu

conveyed (*R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 729; *Irwin Toy*, at p. 968; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 488). In some circumstances, however, the form and the content of the message can be inextricably connected and inseparable (*Irwin Toy*, at p. 968; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 748).

[37] For either the method or the location of the conveyance of a message to be excluded from *Charter* protection, the court must find that it conflicts with the values protected by s. 2(b), namely self-fulfilment, democratic discourse and truth finding (*City of Montréal*, at para. 72). The following factors are relevant in this respect: (a) the historical or actual function of the location of the activity or the method of expression; and (b) whether other aspects of the location of the activity or the method of expression suggest that expression at that location or using that method would undermine the values underlying free expression (*City of Montréal*, at para. 74). However, the analysis must not be limited to the primary function of the method of expression or the location of the activity. For example, in *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084, *City of Montréal* and *Greater Vancouver*, this Court found that airports, hydro poles, city streets and buses are locations where engaging in certain expressive activities is not inconsistent with the other values s. 2(b) is meant to foster even though their primary function is not expression. Although conveying messages was not of course the primary purpose of these locations, the fact that they were historically used for expression showed that neither aspects of them nor their functions made them unsuitable for exercising the right to freedom of expression.

[38] In sum, to determine whether an expressive activity is protected by the *Charter*, we must answer three questions: (1) Does the activity in question have expressive content, thereby bringing it, *prima facie*, within the scope of s. 2(b) protection? (2) Is

qu'il véhicule (*R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 729; *Irwin Toy*, p. 968; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 488). Cependant, il arrive que dans certaines circonstances la forme et le contenu du message soient inextricablement liés et ne puissent être dissociés l'un de l'autre (*Irwin Toy*, p. 968; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 748).

[37] Pour que le mode ou lieu de communication d'un message soit exclu de la protection de la *Charte*, le tribunal doit arriver à la conclusion que l'un ou l'autre est en dissonance avec les valeurs protégées par l'al. 2b), c'est-à-dire l'épanouissement personnel, le débat démocratique et la recherche de la vérité (*Ville de Montréal*, par. 72). Pour trancher cette question, les facteurs suivants sont suggérés : a) la fonction historique ou réelle du lieu de l'activité ou du mode d'expression; b) les autres caractéristiques du lieu de l'activité ou du mode d'expression qui tendent à indiquer que le fait de s'exprimer à cet endroit ou d'utiliser ce mode d'expression minerait les valeurs sous-jacentes de la liberté d'expression (*Ville de Montréal*, par. 74). L'analyse ne doit toutefois pas seulement s'attacher à la fonction première du mode d'expression ou du lieu de l'activité. Par exemple, dans les arrêts *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084, *Ville de Montréal* et *Greater Vancouver*, notre Cour a jugé qu'un aéroport, un poteau électrique, une voie publique et un autobus sont des lieux où l'exercice de certaines activités expressives n'est pas incompatible avec les autres valeurs que l'al. 2b) est censé favoriser, en dépit du fait que leur fonction première n'est pas l'expression. En effet, la destination première de ces lieux n'était certes pas la communication de messages, mais leur utilisation historique à des fins expressives démontrait que leurs caractéristiques ou fonctions ne les rendraient pas impropres à l'exercice de la liberté d'expression.

[38] En résumé, pour déterminer si une activité expressive bénéficie de la protection de la *Charte*, nous devons répondre à trois questions : (1) L'activité en question a-t-elle un contenu expressif faisant en sorte qu'elle entre à première vue dans le champ

the activity excluded from that protection as a result of either the location or the method of expression? (3) If the activity is protected, does an infringement of the protected right result from either the purpose or the effect of the government action? (*Criminal Lawyers' Association*, at para. 32, summarizing the test developed in *City of Montréal*, at para. 56).

[39] I will now apply these rules to the activities in which the media organizations in the instant case wish to engage. The media organizations submit that they have a right to film, take photographs and conduct interviews in the public areas of courthouses, as well as a right to broadcast court proceedings using the official audio recordings. These two activities engage the two aspects referred to in the *City of Montréal* test, namely the location of the activity and the method of expression. I will begin by considering the issue of filming, taking photographs and conducting interviews in the public areas of courthouses — which involves the analysis of the location of the activity — after which I will discuss the prohibition against broadcasting recordings of hearings — which involves the analysis of the method of expression.

#### 4.2.1 Filming, Taking Photographs and Conducting Interviews

[40] At the first step of the analysis developed by this Court in *City of Montréal*, it must be asked whether the activity in question has the necessary expressive content to be protected by s. 2(b).

[41] Both the Superior Court and the Court of Appeal concluded that filming, taking photographs and conducting interviews outside courtrooms are activities that have the necessary expressive content. The respondents do not dispute this conclusion, with which I agree.

[42] At the second step, it must be determined whether the activities in question are excluded from s. 2(b) protection as a result of either the *location* where the journalistic activities would take place or the *method* of expression that would be used.

d'application de la protection offerte par l'al. 2b)? (2) Le lieu ou mode d'expression utilisé écarte-t-il cette protection? (3) Si l'activité est protégée, la mesure prise par l'État porte-t-elle atteinte, par son objet ou par son effet, au droit protégé? (*Criminal Lawyers' Association*, par. 32, résumant l'analyse élaborée dans *Ville de Montréal*, par. 56).

[39] Je vais maintenant appliquer ces règles aux activités que les médias veulent exercer en l'espèce. Les médias avancent qu'ils ont le droit de saisir des images et de tenir des entrevues dans les aires publiques des palais de justice, ainsi que le droit de diffuser ce qui se déroule en salle d'audience en utilisant les enregistrements sonores officiels. Ces deux activités font appel aux deux aspects évoqués dans la grille d'analyse établie dans *Ville de Montréal*, soit le lieu de l'activité et le mode d'expression. Je traiterai d'abord de la prise d'images et de la tenue d'entrevues dans les aires publiques des palais de justice, c'est-à-dire l'analyse du lieu de l'activité, puis de l'interdiction de diffusion des enregistrements des audiences, c'est-à-dire l'analyse du mode d'expression utilisé.

#### 4.2.1 Prise d'images et tenue d'entrevues

[40] La première étape de l'analyse élaborée par notre Cour dans *Ville de Montréal* consiste à se demander si l'activité en question possède le contenu expressif nécessaire pour bénéficier de la protection de l'al. 2b).

[41] Tant la Cour supérieure que la Cour d'appel ont conclu que la prise d'images et la tenue d'entrevues à l'extérieur des salles d'audience constituent des activités possédant le contenu expressif requis. D'ailleurs, les intimés ne contestent pas cette conclusion, à laquelle je souscris.

[42] La deuxième étape commande que l'on détermine si le *lieu* d'exercice des activités journalistiques ou encore le *mode* d'expression utilisé a pour effet de priver les activités en question du bénéfice de la protection de l'al. 2b).



[43] The Court of Appeal, relying on the trial judge's findings, concluded that crowds, pushing and shoving, and pursuing possible subjects in order to interview, film or photograph them were incompatible with the purposes of a courthouse, namely, *inter alia*, to provide an ordered environment so as to ensure the serenity of judicial proceedings (paras. 65-66). Quite obviously, if the activities the media organizations wish to engage in were defined solely by reference to crowds and pushing and shoving, it would be easy to conclude that they are incompatible with the function of a courthouse and that the method used to engage in them cannot be consistent with the standards of conduct that must be met to ensure the serenity of judicial hearings. But these are not the activities the media organizations say they want to engage in. They rightly point out that they [TRANSLATION] "are not claiming the right to cause or participate in what the Respondents referred to as 'excesses'. Obviously, there is no right to prevent access to courtrooms or to jostle people in hallways" (A.F., at para. 99). As the Court clearly stated in *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, at para. 38, not all news gathering techniques are protected by s. 2(b) of the *Charter*. In focussing uniquely on the excesses that led to the adoption of the impugned measures, the Court of Appeal was describing the loss of control the judges want to avoid, not the activities the media organizations wish to engage in. In my view, with all due respect for the Court of Appeal, its characterization of the activities in issue is too narrow. What the media organizations want to do is instead to film, take photographs and conduct interviews outside courtrooms. The expressive activities in question must therefore be clearly distinguished from any excesses that may result from them.

[44] The method for engaging in the expressive activities — the use of equipment to film, take photographs and record voices — is not in issue here. In fact, this method of expression has been authorized for a long time and continues to be expressly authorized in designated areas. Since the use of this method of expression has a historical basis and

[43] S'appuyant sur les conclusions du juge de première instance, la Cour d'appel a jugé que les attroupements, bousculades et chasses aux entrevues et aux images sont incompatibles avec la destination des palais de justice, qui est notamment de fournir un cadre ordonné dans lequel la sérénité des débats judiciaires peut être assurée (par. 65-66). Il va de soi que si les activités que veulent exercer les médias étaient définies uniquement en fonction des attroupements et bousculades, on pourrait facilement conclure qu'elles sont inconciliables avec la vocation des palais de justice et que le mode d'exercice de ces activités ne saurait être compatible avec les normes de comportement requises pour assurer la sérénité des débats judiciaires. Cependant, il ne s'agit pas là des activités auxquelles les médias disent vouloir se livrer. Comme ils le soulignent à juste titre, ils « ne revendiquent pas le droit de causer ou de participer à ce qui a été identifié par les Intimés comme des "débordements". Il n'existe évidemment aucun droit d'empêcher l'accès aux salles d'audience ni de bousculer les gens dans les corridors » (m.a., par. 99). Ainsi que l'a clairement exprimé la Cour dans *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, par. 38, les techniques de collecte d'information ne sont pas toutes protégées par l'al. 2b) de la *Charte*. En s'attachant uniquement aux débordements qui ont provoqué l'adoption des mesures contestées, la Cour d'appel s'est trouvée à décrire les dérapages que les juges veulent éviter et non les activités que les médias veulent exercer. Avec égards pour l'opinion exprimée par la Cour d'appel, j'estime que sa caractérisation des activités visées est trop étroite. Ce que les médias veulent, c'est plutôt prendre des images et tenir des entrevues à l'extérieur des salles d'audience. Il faut donc bien distinguer les activités expressives visées et les débordements auxquels celles-ci peuvent donner lieu.

[44] Le mode d'exercice des activités expressives, en l'espèce l'utilisation de matériel pour enregistrer les images et les voix, n'est pas en cause. En fait, ce mode d'expression a depuis longtemps été autorisé et il l'est encore aujourd'hui de façon expresse dans des endroits désignés. Puisque le recours à ce mode d'expression revêt un caractère historique et qu'il

is not precluded by the impugned rules and directive, it would be difficult to conclude that the activities are excluded from s. 2(b) protection as a result of the method itself. It must therefore be asked whether they are excluded as a result of the location where the activities would take place, namely the public areas of courthouses.

[45] Although the primary purpose of a courthouse is to serve as a place to conduct trials and other judicial proceedings, the presence of journalists in the public areas of courthouses has historically been — and still is — authorized (see the testimony of P.-C. Jobin, A.R., vol. IV, at pp. 10-11). As I mentioned above, the presence of journalists in courthouses is essential. When they conduct themselves appropriately, their presence, far from undermining the values underlying s. 2(b), generally enhances those values. Without it, the public's ability to understand our justice system would depend on the tiny minority of the population who attend hearings, and the inevitable result would be to erode democratic discourse, self-fulfilment and truth finding. Moreover, for journalists, the public areas serve not only as spaces they pass through to enter courtrooms, but also as places where they can gather information that may enhance the public's understanding of trials. It is therefore my opinion that the activities of filming, taking photographs and conducting interviews are not incompatible with the purpose of the public areas of courthouses.

[46] At the third step of the *City of Montréal* analysis, it must be determined whether an infringement of the protected right results from either the purpose or the effect of the measures adopted by the government. The evidence shows that the purpose of the impugned measures was to limit filming, taking photographs and conducting interviews to certain predetermined locations. These measures limit news gathering techniques even when those techniques are used in a way that is compatible with the function of a courthouse and that ensures the serenity of hearings. Since news gathering is an activity that forms an integral part of freedom of

n'est pas écarté par les règles et directive contestées, on peut difficilement conclure qu'il a en lui-même pour effet d'exclure les activités de la protection de l'al. 2b). Il faut donc se demander si les lieux d'exercice de ces activités — en l'occurrence les aires publiques des palais de justice — entraînent ce résultat.

[45] Quoique la destination première des palais de justice soit la tenue de procès et autres procédures judiciaires, la présence des journalistes dans les aires publiques de ces édifices a été historiquement autorisée et l'est encore (voir le témoignage de P.-C. Jobin, d.a., vol. IV, p. 10-11). Comme je l'ai mentionné plus tôt, leur présence dans les palais de justice est essentielle. Lorsque les journalistes se comportent de façon appropriée, loin de miner les valeurs sous-jacentes de l'al. 2b), leur présence a au contraire généralement pour effet de renforcer ces valeurs. Effectivement, si les journalistes n'étaient pas présents, la possibilité pour la population de comprendre notre système de justice dépendrait de l'infime minorité du public qui assiste aux audiences, ce qui éroderait forcément le débat démocratique, l'épanouissement personnel et la recherche de la vérité. Par ailleurs, les aires publiques sont non seulement des espaces permettant aux journalistes d'accéder aux salles d'audience, mais également des endroits où ceux-ci peuvent glaner des informations susceptibles d'aider à améliorer la compréhension des procès. Par conséquent, je suis d'avis que la prise d'images et la tenue d'entrevues ne sont pas des activités incompatibles avec la destination des aires publiques des palais de justice.

[46] La troisième étape de l'analyse proposée dans *Ville de Montréal* requiert que nous déterminions si les mesures prises par l'État portent atteinte, par leur objet ou par leur effet, au droit protégé. Selon la preuve, l'objet des mesures contestées était de limiter la prise d'images et la tenue d'entrevues à certains endroits prédéterminés. Ces mesures limitent les techniques de cueillette d'information, même lorsque ces techniques sont utilisées de façon à respecter la fonction des palais de justice et à assurer la sérénité des débats. Comme la collecte d'informations est une activité qui fait partie intégrante de la liberté de la presse, je conclus que les mesures

the press, I find that the measures that limit filming, taking photographs and conducting interviews infringe s. 2(b) of the *Charter*. I will now discuss whether this is also true of the prohibition against broadcasting the audio recordings of hearings.

#### 4.2.2 Broadcasting the Audio Recordings of Hearings

[47] The media organizations are contesting the validity of the prohibition pursuant to which they may not broadcast the official audio recordings of hearings. To assess the merits of their challenge, the three questions of the *City of Montréal* test must be answered.

[48] The first question is whether the activity has expressive content. The answer to it is not in doubt, since the official recordings are made available to the media to foster accuracy in their reporting, and reporting constitutes an expressive activity.

[49] The second question concerns both the method of expression, namely the broadcasting of audio recordings, and the location where the activity would be undertaken. In the instant case, that location is not identified. The exercise by the media organizations of their right to freedom of the press is not limited to a specific location. Since no specific location is at issue, the activity is not excluded from constitutional protection as a result of this factor.

[50] The method of expression requires a more careful analysis. The problem that arises in the case at bar flows from the fact that the method of expression and the expressive content are inseparable, not from how the Court applies the criteria for analysing the method of expression.

[51] The media organizations submit that the choice of a method of expression itself conveys a message (A.F., at para. 32). For this proposition, they rely on *Ford*, in which this Court recognized that language is inextricably related to oral expression and that “[l]anguage is not merely a means or

restreignant la prise d’images et la tenue d’entrevues portent atteinte à l’al. 2b) de la *Charte*. Je vais maintenant examiner ce qu’il en est de la diffusion des enregistrements sonores des audiences.

#### 4.2.2 Diffusion des enregistrements sonores des audiences

[47] Les médias contestent la validité de l’interdiction qui leur est faite de diffuser les enregistrements sonores officiels des audiences. Pour évaluer le bien-fondé de leur contestation, il y a lieu de reprendre les trois questions de la grille d’analyse élaborée dans l’arrêt *Ville de Montréal*.

[48] La première requiert de déterminer si l’activité possède un contenu expressif. La réponse à cette question ne fait pas de doute. C’est d’ailleurs pour favoriser l’exactitude des reportages des médias — lesquels constituent une activité expressive — que les enregistrements officiels sont mis à leur disposition.

[49] La deuxième question a trait au mode de communication utilisé, soit la diffusion des bandes sonores, et au lieu d’exercice de l’activité. En l’espèce, le lieu d’exercice de l’activité n’est pas déterminé et les médias ne sont pas limités à un endroit particulier pour exercer leur liberté de presse. Comme aucun lieu précis n’est en cause, ce facteur n’a pas pour effet de retirer à l’activité le bénéfice de la protection constitutionnelle.

[50] Le mode de communication requiert une analyse plus attentive. La difficulté qui se pose en l’espèce découle du caractère indissociable du mode de communication et du contenu expressif, et non de l’application des critères d’analyse du mode d’expression.

[51] Les médias soutiennent que le choix d’un mode de communication est, en lui-même, porteur d’un message (m.a., par. 32). Ils invoquent à cet égard l’arrêt *Ford* dans lequel notre Cour a reconnu que la langue est inextricablement liée à l’expression orale et que « [l]e langage n’est pas seulement

medium of expression; it colours the content and meaning of expression” (p. 748).

[52] I cannot accept that the choice of a method of expression always conveys a message. The method used to convey the message is not always related to the content of the message. Moreover, as can be seen from *City of Montréal*, it is possible for the medium of a message not to be protected even though its content is. For example, the content of a protest message conveyed by putting a poster in the middle of a street would not be affected by a limit prohibiting the obstruction of public streets. In the instant case, however, the argument based on *Ford* is sound. The content of the message the media organizations wish to convey consists of testimony, examinations, submissions, judgments and other sounds captured by courthouse equipment during hearings. This content can be conveyed in many different ways, whether by broadcasting the official audio recordings of hearings, by publishing written reports, by transcribing what is said at hearings or by broadcasting oral reports by journalists. But it must be conceded that the message conveyed by broadcasting the official audio recordings of hearings is not the same as one conveyed using another method of expression. In the case at bar, I agree with Bich J.A. that the informative content conveyed by the method of expression the media organizations wish to use is not the same as when a transcript is used or even when the most accurate possible description is given.

[53] Indeed, it is the privileged position of the trial judge, who is able to see and hear the witnesses while they testify, that justifies the deference shown him or her by appellate courts. Sound and tone of voice are not always linked to the content, but I must find that in the context of a trial, the value they add to the message is such that the content of the message and the method by which the message is conveyed are indissociable. Thus, on the facts of this case, the method of expression cannot be considered separately from the content and cannot serve as a basis for excluding the expressive activity from the protection of s. 2(b) of the *Charter*.

un moyen ou un mode d'expression. Il colore le contenu et le sens de l'expression » (p. 748).

[52] Je ne puis accepter que le choix du mode de communication soit toujours porteur de message. D'ailleurs, le mode d'expression du message et le contenu de celui-ci ne sont pas toujours liés. J'ajouterais que, suivant l'arrêt *Ville de Montréal*, le moyen ou la façon de transmettre un message peuvent ne pas être protégés alors que son contenu l'est. Par exemple, le contenu d'un message de protestation transmis en installant une affiche au milieu d'une rue ne serait pas affecté par une limite interdisant d'obstruer les voies publiques. Cependant, en l'espèce, l'argument fondé sur l'arrêt *Ford* est sérieux. Le contenu du message que les médias veulent transmettre est constitué des témoignages, interrogatoires, observations, jugements et autres sons captés par l'équipement des palais de justice lors des audiences. Ce contenu peut être transmis de multiples façons, que ce soit par la diffusion des enregistrements sonores officiels des audiences, par un reportage écrit, par la transcription écrite des audiences ou par la voix des journalistes. Il faut cependant reconnaître que le message transmis par la diffusion des enregistrements sonores officiels des audiences n'est pas le même que celui transmis par un autre mode de communication. En l'espèce, je suis d'accord avec la juge Bich de la Cour d'appel pour dire que le contenu informatif transmis par le mode d'expression que souhaite utiliser les médias n'est pas le même qu'en cas de transcription écrite ou même de description la plus fidèle possible.

[53] C'est d'ailleurs la situation privilégiée du juge de première instance, qui a la possibilité de voir et d'entendre les témoins lorsqu'ils déposent, qui justifie la déférence dont font montre les tribunaux d'appel à son égard. Le son ou l'intonation de la voix ne sont pas toujours liés au contenu, mais je dois conclure, dans le contexte d'un procès, que la valeur ajoutée au message rend le mode de communication du message indissociable du contenu de celui-ci. Par conséquent, compte tenu des faits particuliers de l'espèce, le mode d'expression ne peut être considéré de façon indépendante du contenu et ne peut être un motif de retrait de l'activité expressive de la protection de l'al. 2b) de la *Charte*.

[54] At the final step of the analysis, it must be determined whether either the purpose or the effect of the measures results in an infringement of the protected right. In the case at bar, the impugned measures impose a limit that the media organizations must comply with in engaging in their journalistic activities. That limit affects the expressive content of the activities. I can only conclude that the right to freedom of expression is infringed.

#### 4.3 *Justification of the Impugned Measures*

[55] Since I find that the impugned measures infringe freedom of expression, I must now determine whether they are justified under s. 1 of the *Charter*. To do so, I must consider the three arguments raised by the media organizations in this regard: the standard of proof, the fact that in their opinion Directive A-10 does not meet the “prescribed by law” requirement, and a lack of justification for the impugned measures.

##### 4.3.1 Standard of Proof

[56] The media organizations argue that the standard of proof applicable to the justification of the infringement should correspond to [TRANSLATION] “a very high degree of probability”, that is, in their view, to a degree of proof similar to the one required for discretionary orders, in respect of which the courts apply the test from *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442 (“*Dagenais/Mentuck*”). What would be required is a level of proof higher than that of a rational connection required by the test from *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. This argument must fail. The *Dagenais/Mentuck* rule requires neither more nor less than the one from *Oakes*. In fact, it incorporates a rule equivalent to the one from *Oakes* into a discretionary decision where the openness of court proceedings is in issue (*Mentuck*, at para. 23). This rule requires “consideration both of the objectives of a publication ban, and the proportionality of the ban to its effect on protected *Charter* rights” (*Dagenais*, at p. 878).

[54] La dernière étape de l’analyse consiste à déterminer si les mesures portent atteinte, par leur objet ou par leur effet, au droit protégé. En l’espèce, les mesures contestées imposent une limite que doivent respecter les médias dans leurs activités journalistiques. Cette limite affecte le contenu expressif des activités. Je ne peux que conclure à une atteinte au droit à la liberté d’expression.

#### 4.3 *Justification des mesures contestées*

[55] Comme je conclus que les mesures contestées portent atteinte à la liberté d’expression, je dois me demander si elles sont justifiées au regard de l’article premier de la *Charte*. Pour ce faire, il me faut examiner les trois arguments que soulèvent les médias à cet égard : la norme de preuve, le fait que la Directive A-10 ne constituerait pas une règle de droit et l’absence de justification des mesures contestées.

##### 4.3.1 Norme de preuve

[56] Les médias prétendent que la norme de preuve applicable à la justification de l’atteinte devrait correspondre à « un niveau très élevé de probabilité », soit, selon eux, un degré de preuve similaire à celui utilisé pour les ordonnances discrétionnaires auxquelles les tribunaux appliquent l’analyse établie dans les arrêts *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442 (« *Dagenais/Mentuck* »). Il s’agirait d’un niveau de preuve plus élevé que celui de la rationalité requis par l’analyse établie dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Cet argument doit être rejeté. La norme des arrêts *Dagenais/Mentuck* n’est ni plus exigeante ni moins exigeante que celle de l’arrêt *Oakes*. En réalité, elle incorpore à une décision discrétionnaire prise dans le contexte de la publicité des débats une norme équivalente à celle de l’arrêt *Oakes* (*Mentuck*, par. 23). En effet, elle exige « l’examen, d’une part, des objectifs de l’ordonnance de non-publication et, d’autre part, de la proportionnalité de l’ordonnance quant à ses effets sur les droits garantis par la *Charte* » (*Dagenais*, p. 878).

[57] If a measure meets the “prescribed by law” requirement of s. 1 of the *Charter* and if it limits a right protected by the *Charter*, the test developed by Dickson C.J. in *Oakes* will be applied.

#### 4.3.2 Prescribed by Law

[58] In this Court, the media organizations are no longer disputing that the rules of practice adopted by the judges of the Superior Court meet the “prescribed by law” requirement of s. 1 of the *Charter*. However, they argue that Directive A-10 is merely a rule of internal management that is not binding on its maker and is not sufficiently accessible and precise to constitute “law”. In my opinion, these arguments must fail. I have already discussed the enabling provision under which the Minister of Justice issued the directive (para. 23), but it is not the source of the authority that is in issue here so much as the nature of the directive and the form chosen to establish the rule.

[59] The directive in question was issued by the government to ensure consistency with the rules of practice applicable in the Superior Court. Insofar as the function of a courthouse does not vary depending on what jurisdiction is responsible for hearing a case in respect of which a litigant or a user is on the premises, the rules made by the Ministère de la Justice must be similar to those made by the judges of the Superior Court. In this sense, the directive is related to the rules of practice, and its content cannot differ at the whim of its author. As a result, it is a rule that has characteristics similar to those of the rules of practice, the form of which is not being challenged.

[60] It seems clear to me from the content of Directive A-10 that this directive directly targets courthouse users. It imposes standards of behaviour on the users themselves by placing limits on information-gathering methods and ensuring that respect is shown to individuals who are participating in the judicial process in one capacity or another. It is not an interpretive tool to guide

[57] Si une mesure constitue une « règle de droit » au sens de l'article premier de la *Charte* et si elle limite un droit protégé par celle-ci, la grille d'analyse élaborée par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes* sera utilisée.

#### 4.3.2 Règle de droit

[58] Devant nous, les médias ne contestent plus que les règles de pratique adoptées par les juges de la Cour supérieure constituent des règles de droit au sens de l'article premier de la *Charte*. Cependant, ils affirment que la Directive A-10 n'est qu'une règle administrative interne qui ne lie pas son auteur et qui n'est pas suffisamment accessible et précise pour constituer une règle de droit. À mon avis, ces arguments ne peuvent être retenus. J'ai examiné plus tôt l'habilitation législative permettant au ministre de la Justice de prendre la directive (par. 23). D'ailleurs, ce n'est pas vraiment l'habilitation qui est contestée en l'espèce, mais la nature de la directive et la forme choisie pour l'établissement de la norme.

[59] La directive en question a été adoptée par le gouvernement pour assurer une uniformité avec les règles de pratique applicables en Cour supérieure. En effet, dans la mesure où la fonction d'un palais de justice ne varie pas suivant l'identité de la juridiction chargée de l'affaire amenant un justiciable ou un usager dans ce lieu, les normes adoptées par le ministère de la Justice et par les juges de la Cour supérieure doivent être semblables. En ce sens, la directive est liée aux règles de pratique et son contenu ne peut pas varier au gré des caprices de son auteur. Il s'agit donc d'une norme qui présente des caractéristiques semblables à celles des règles dont la forme n'est pas contestée.

[60] De plus, en raison de son contenu, il me paraît évident que la Directive A-10 vise directement les usagers des palais de justice. Elle impose aux usagers eux-mêmes des normes de conduite en prescrivant des limites applicables aux modes de collecte de l'information et en veillant au respect des personnes qui, à un titre ou à un autre, participent au processus judiciaire. Elle ne constitue pas un outil

courthouse employees in performing their duties. Its content is normative, not interpretive.

[61] Moreover, Directive A-10 was initially published by the Ministère de la Justice as an appendix to the *Guide des relations avec les médias et de la gestion des événements d'envergure et à risque*, and it can be consulted on the Internet. And the pictograms and floor markings provided for were placed in all courthouses. I therefore find it hard to agree that the directive is inaccessible or unclear.

[62] As regards the wording of the relevant passages from Directive A-10, it is almost identical to that of the same passages from the rules of practice, and no one is disputing the precision of the latter passages. On this issue, this Court stressed in *Greater Vancouver*, at para. 54, quoting *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at p. 94, that “[u]nless the impugned law ‘is so obscure as to be incapable of interpretation with any degree of precision using the ordinary tools’, it will be deemed to have met the ‘prescribed by law’ requirement”. I do not believe, as the media organizations contend, that the words [TRANSLATION] “harassing” and “following” are too vague to enable members of the public to understand their obligations. Thus, the wording of Directive A-10 is sufficiently precise for it to meet the “prescribed by law” requirement.

[63] I therefore conclude that Directive A-10 meets the “prescribed by law” requirement of s. 1 of the *Charter*.

#### 4.3.3 Justification of the Measures

[64] The test developed by Dickson C.J. in *Oakes* is well known. When a protected right is infringed, the government must justify the limit by identifying a pressing and substantial objective, demonstrating that there is a rational connection between the objective and the infringement of the right, and showing that the chosen means interferes as little as possible with the right and that the salutary effects of the measure outweigh its deleterious effects.

d’interprétation fourni aux employés des palais de justice pour les aider dans leurs fonctions. Son contenu a un caractère normatif et non interprétatif.

[61] Par ailleurs, la Directive A-10 a d’abord été publiée en annexe au *Guide des relations avec les médias et de la gestion des événements d’envergure et à risque* par le ministère de la Justice et elle peut être consultée par toute personne sur Internet. De plus, les pictogrammes et marques sur le sol ont été placés dans tous les palais de justice. Il me semble donc difficile de soutenir que la directive n’est pas accessible ou claire.

[62] Quant au texte de la Directive A-10, ses passages pertinents sont presque identiques à ceux des règles de pratique, dont personne ne conteste la précision. Sur cette question, notre Cour souligne dans *Greater Vancouver*, au par. 54, reprenant à cet égard l’arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, p. 94, qu’« [à] moins qu’elle ne “soit [. . .] si obscur[e] que les méthodes ordinaires ne permettent pas de lui donner une interprétation le moins exacte”, la loi contestée est réputée constituer “une règle de droit” ». Contrairement aux prétentions des médias, je ne crois pas que les termes « harceler » et « pourchasser » sont trop vagues pour permettre au public de bien saisir les obligations auxquelles il est tenu. Le libellé de la Directive A-10 est en conséquence suffisamment précis pour constituer une règle de droit.

[63] Je conclus donc que la Directive A-10 est une « règle de droit » au sens de l’article premier de la *Charte*.

#### 4.3.3 Justification des mesures

[64] La grille d’analyse développée par le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Oakes* est connue. Lorsqu’il y a atteinte à un droit protégé, l’État doit justifier la règle de droit en énonçant un objectif urgent et réel, en démontrant l’existence d’un lien rationnel entre cet objectif et l’atteinte portée à ce droit en question en montrant que le moyen choisi porte le moins possible atteinte à ce droit et que les effets bénéfiques de la mesure prise l’emportent sur ses effets préjudiciables.

[65] To constitute a justifiable limit to a right or a freedom, the objective of the impugned measure must advance concerns that are pressing and substantial in a free and democratic society (*New Brunswick*, at para. 45). On the issue of filming, taking photographs and conducting interviews, Lagacé J. expressed the opinion that the impugned measures had the following objectives:

[TRANSLATION]

- To maintain the integrity of and public confidence in the administration of justice;
- To ensure the impartiality of trials and the serenity of judicial hearings;
- To ensure the safety of litigants and their families and friends, and respect for their dignity and privacy;
- To maintain order and decorum in and near courtrooms; and
- To ensure that all users of courthouses have safe access to courtrooms and that they can move about freely and testify calmly and without fearing that members of the media will catch them off guard, invade their privacy and follow or even chase after them. [para. 177]

[66] The Court of Appeal agreed with Lagacé J.'s conclusion. The media organizations contend that this conclusion is the result of nothing more than supposition and extrapolation, since the respondents failed to produce any direct evidence that these various objectives were pressing and substantial concerns. I disagree.

[67] The evidence adduced at first instance, including the Report, shows that allowing journalists to film, take photographs and conduct interviews in courthouses without restrictions had many adverse consequences for the administration of justice. For example, these activities accentuated the anxiety and stress witnesses felt when compelled to testify in court, which in the long run undermined the search for the truth. The prohibition on broadcasting audio recordings of hearings also had preserving the integrity of testimony as an objective. As M. D. Lepofsky says,

[a]ny new pressure introduced into the courtroom's subtly pressured environment can well affect what the

[65] Pour constituer une limite justifiable à un droit ou à une liberté, l'objectif de la mesure contestée doit répondre à des préoccupations qui sont urgentes et réelles dans une société libre et démocratique (*Nouveau-Brunswick*, par. 45). En ce qui concerne la prise d'images et la tenue d'entrevues, le juge Lagacé a exprimé l'avis que les mesures contestées visaient les objectifs suivants :

- Maintenir l'intégrité et la confiance du public en l'administration de la justice;
- Assurer la tenue de procès impartiaux et la sérénité des débats judiciaires;
- Assurer la sécurité, la dignité et la vie privée des justiciables et de leurs proches;
- Maintenir l'ordre et le décorum des salles d'audiences et à proximité de celles-ci;
- Permettre à tous les usagers des palais de justice d'avoir accès en toute sécurité aux salles d'audiences, de circuler librement et de pouvoir témoigner sereinement sans crainte d'être surpris, envahis, suivis et même pourchassés par les médias. [par. 177]

[66] La Cour d'appel a accepté la conclusion du juge Lagacé. Les médias prétendent que cette conclusion repose uniquement sur des suppositions et des extrapolations, puisque les intimés n'auraient pas apporté de preuve directe que ces divers objectifs constituaient des préoccupations urgentes et réelles. Je ne partage pas cet avis.

[67] La preuve déposée en première instance, notamment le Rapport, démontre que la prise d'images et la tenue d'entrevues sans restriction dans les palais de justice ont eu plusieurs conséquences néfastes sur l'administration de la justice. Entre autres, ces activités accentuaient l'angoisse et le stress inhérents à l'obligation de témoigner en cour, ce qui, en bout de ligne, minait la recherche de la vérité. L'objectif de préservation de l'intégrité des témoignages ressort aussi de l'interdiction de diffusion des enregistrements sonores des audiences. Comme le mentionne l'auteur M. D. Lepofsky,

[TRADUCTION] [t]oute tension supplémentaire venant s'ajouter au subtil climat de tension qui règne



witness says in the stand, how he or she says it, and how he or she looks while testifying. This in turn can influence how the judge or jury perceives the witness as he or she gives evidence. Every jury is instructed by the presiding judge that to assess a witness's credibility they should take into account the witness's testimonial demeanour. Juries and judges routinely interpret a witness's nervousness or reluctance as a possible sign of dishonesty, or dubious credibility.

("Cameras in the Courtroom — Not Without My Consent" (1996), 6 *N.J.C.L.* 161, at p. 178)

[68] Thus, the evidence shows that the presence and the conduct of journalists outside courtrooms had a negative effect on the decorum and serenity of hearings. "When the testimony of a victim or witness is compromised in any way, it not only hurts the defendant's case, but also the structure of our judiciary in its search for the truth" (W. J. Harte, "Why Make Justice a Circus? The O.J. Simpson, Dahmer and Kennedy-Smith Debacles Make the Case Against Cameras in the Courtroom" (1996), 39 *Trial Lawyer's Guide* 379, at p. 404).

[69] The objectives of the impugned measures can be summarized as being to maintain the fair administration of justice by ensuring the serenity of hearings. The fair administration of justice is necessarily dependent on maintaining order and decorum in and near courtrooms and on protecting the privacy of litigants appearing before the courts, which are measures needed to ensure the serenity of hearings. There is no question that this objective contributes to maintaining public confidence in the justice system. It is therefore my opinion that the objective of the government and the judges of the Quebec Superior Court was pressing and substantial.

[70] At the second stage of the *Oakes* analysis, the court must determine whether there is a rational connection between the means used and the legislature's objectives. Here, the defendant must

déjà dans la salle d'audience peut fort bien avoir une incidence sur les propos du témoin lorsqu'il se trouve à la barre, sur la manière dont il s'exprime et sur son attitude. À leur tour, ces éléments peuvent influencer sur la manière dont le juge perçoit le témoin lorsqu'il dépose. Tous les jurys reçoivent comme instruction de la part du juge qui préside l'instance que, pour apprécier la crédibilité d'un témoin, ils doivent tenir compte du comportement de ce dernier à la barre. Les jurys et les juges interprètent habituellement la nervosité ou la réticence dont fait preuve un témoin comme un indice possible de malhonnêteté ou de crédibilité douteuse.

(« Cameras in the Courtroom — Not Without My Consent » (1996), 6 *R.N.D.C.* 161, p. 178)

[68] La preuve démontre donc que la présence et le comportement de journalistes à l'extérieur des salles d'audience nuisaient au décorum et à la sérénité des débats. Or, [TRADUCTION] « [l]orsque le témoignage d'une victime ou d'un témoin est compromis de quelque façon que ce soit, cela nuit non seulement à la cause du défendeur, mais également à la structure de notre magistrature dans sa recherche de la vérité » (W. J. Harte, « Why Make Justice a Circus? The O.J. Simpson, Dahmer and Kennedy-Smith Debacles Make the Case Against Cameras in the Courtroom » (1996), 39 *Trial Lawyer's Guide* 379, p. 404).

[69] Il convient de résumer les objectifs poursuivis par les mesures contestées comme étant le maintien d'une saine administration de la justice en assurant la sérénité des débats. Une saine administration de la justice repose nécessairement sur le maintien de l'ordre et du décorum à l'intérieur de la salle d'audience et aux abords de celle-ci, de même que la protection de la vie privée des justiciables qui se présentent devant les tribunaux, autant de mesures nécessaires pour permettre des débats sereins. Cet objectif contribue incontestablement au maintien de la confiance du public dans le système de justice. Je suis donc d'avis que l'objectif poursuivi par le gouvernement et les juges de la Cour supérieure du Québec était urgent et réel.

[70] Dans le second volet de l'analyse établie dans l'arrêt *Oakes*, le tribunal doit se demander s'il existe un lien rationnel entre les moyens utilisés et les objectifs poursuivis par le législateur. À cette

establish a connection between the infringement and the benefit that was sought in adopting the means, and this is to be done either by providing concrete evidence or, where it is impossible to provide such evidence, on the basis of reason or logic (*Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 48; *R. v. Bryan*, 2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at paras. 153-54). “The government must show that it is reasonable to suppose that the limit may further the goal, not that it will do so” (*Hutterian*, at para. 48).

[71] Where filming, taking photographs and conducting interviews are concerned, the evidence shows that at the time the measures were adopted, the courts were dealing with a proliferation of communication technologies, which led to an increase in the number of journalists in courthouses. For example, during certain trials that attracted extensive media coverage, there could be as many as 30 or 40 journalists at the Montréal courthouse.

[72] According to the evidence, this increase in the number of journalists together with a greater sophistication of the technologies they used in courthouses had adverse consequences for the administration of justice. For example, photographers and camera operators climbed onto furniture to take photographs or to film. Some journalists filmed courtroom interiors through glass doors or doors left ajar. Some accused persons or family or friends of accused persons had to be escorted by special constables because they were unable to enter or exit courtrooms.

[73] The increased presence of journalists also appears to have created great stress for witnesses and their family members. Witnesses refused to testify or to continue to testify after having been filmed or photographed by media representatives. At first instance, an expert witness, Michel Sabourin, presented a report about a study he had

étape, le défendeur est tenu d'établir un lien entre la violation et l'avantage recherché par les moyens mis en œuvre, et ce, soit en apportant une preuve concrète soit, lorsque cela n'est pas possible, en se fondant sur la raison ou la logique (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 48; *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 153-154). « Le gouvernement doit démontrer qu'il est raisonnable de supposer que la restriction peut contribuer à la réalisation de l'objectif, et non qu'elle y contribuera effectivement » (*Hutterian*, par. 48).

[71] En ce qui a trait à la prise d'images et la tenue d'entrevues, la preuve démontre que, au moment de l'adoption des mesures, les tribunaux assistaient à une multiplication des techniques de communication, ce qui entraînait une augmentation du nombre de journalistes dans les palais de justice. Par exemple, lors de certains procès très médiatisés, le nombre de journalistes présents au palais de justice de Montréal pouvait s'élever à 30 ou même 40.

[72] Cette augmentation du nombre de journalistes, conjuguée au raffinement des techniques utilisées par ceux-ci à l'intérieur des palais de justice, a, selon la preuve, eu des conséquences néfastes pour l'administration de la justice. Par exemple, des photographes et des caméramans ont grimpé sur le mobilier pour prendre des images. Certains journalistes filmaient l'intérieur des salles d'audience à travers les portes vitrées ou par des portes entrouvertes. Des accusés ou leurs proches ont dû être escortés par des constables spéciaux parce qu'il leur était impossible d'accéder aux salles d'audience ou d'en sortir.

[73] De même, il appert que la présence accrue des journalistes créait un stress important pour les témoins et les membres de leur famille. Des témoins ont refusé de témoigner ou de poursuivre leur témoignage après avoir été filmés ou photographiés par des représentants des médias. En première instance, un témoin expert, Michel

conducted in which participants had expressed the opinion that the presence of journalists outside courtrooms could be disturbing for witnesses or could cause them stress, and that these effects could be quite serious and lasting. Although he conceded that his study was affected by methodological constraints, he warned against positing that the activities of journalists have no impact on trials. He also testified that a person's [TRANSLATION] "performance" declines considerably when he or she is subjected to a significant increase in stress, which can cause memory loss, confusion or poor thought structure.

[74] Where the establishment of a rational connection between the objective and the infringing measure is concerned, the evidence presented with respect to filming, taking photographs and conducting interviews is relevant to the broadcasting of recordings of hearings, but other evidence was also adduced on this point. The motion judge's findings as regards the context relevant to his decision are clear. By far most participants in a judicial proceeding feel nervous and anxious (para. 87). Moreover, [TRANSLATION] "the growing media coverage of judicial proceedings . . . in light of the vulnerability of many of those involved, brings considerable pressure to bear on the management of order and decorum in, and the serenity of, hearings in courthouses" (para. 176) (see also E. L. Greenspan, "Comment: Another Argument Against Television in the Courtroom", in P. Anisman and A. M. Linden, eds., *The Media, the Courts and the Charter* (1986), 497, at p. 498).

[75] The impugned measures form part of a general policy to protect witnesses. In this respect, the Ministère de la Justice, together with representatives of the judiciary and the Barreau du Québec, had issued the "Statement of Principle regarding Witnesses" (1998), in which the signatories recognized "the importance of maintaining the primacy of the person in the administration of justice" and stated that they were committed to take "appropriate action . . . to protect the rights of witnesses and

Sabourin, a présenté un rapport faisant état d'une étude qu'il avait menée et qui révélait que les participants étaient d'avis que la présence des journalistes à l'extérieur des salles d'audience pouvait entraîner des effets perturbateurs ou stressants sur les témoins, effets qui pouvaient être relativement sérieux et d'une certaine durée. Tout en signalant les contraintes méthodologiques de son étude, il a fait une mise en garde contre tout postulat voulant que les activités des journalistes n'aient pas d'incidence sur les procès. Il a aussi témoigné que la « performance » d'un sujet chute de façon significative lorsqu'il est soumis à une forte augmentation du stress, ce qui peut entraîner une perte de mémoire, de la confusion ou une mauvaise structuration de la pensée.

[74] La preuve présentée à l'égard de la prise d'images et de la tenue d'entrevues est utile pour établir le lien rationnel entre l'objectif visé et la mesure attentatoire dans le cas de la diffusion des enregistrements des audiences, mais une preuve distincte a également été présentée à ce sujet. Les conclusions de fait du juge de première instance en ce qui a trait au contexte pertinent à sa décision sont claires. La très grande majorité des personnes participant au processus judiciaire ressentent de la nervosité et de l'anxiété (par. 87). De plus, « l'accentuation de la médiatisation des affaires judiciaires, [. . .] compte tenu de la vulnérabilité de nombreuses parties impliquées, exerce une pression importante sur la gestion de l'ordre, du décorum et de la sérénité des audiences dans les palais [de] justice » (par. 176) (voir aussi E. L. Greenspan, « Comment : Another Argument Against Television in the Courtroom », dans P. Anisman et A. M. Linden, dir., *The Media, the Courts and the Charter* (1986), 497, p. 498).

[75] Les mesures contestées s'inscrivent dans une politique générale de protection des témoins. Ainsi, le ministère de la Justice, de concert avec la magistrature et le Barreau du Québec, a adopté la « Déclaration de principe concernant les témoins » (1998), qui reconnaît « l'importance d'assurer la primauté de la personne dans l'administration de la justice » et traduit l'engagement à prendre « les mesures appropriées pour protéger les droits des témoins et minimiser les inconvénients qu'entraîne

to minimize inconvenience to witnesses” (online: <http://www.justice.gouv.qc.ca/english/publications/generale/declar-a.htm>).

[76] In my opinion, it was therefore reasonable to expect that the measures would have a positive effect on the maintenance of the fair administration of justice by fostering the serenity of hearings and decorum and by helping to reduce, as much as possible, the nervousness and anxiety that people naturally feel when called to testify in court. Moreover, this Court acknowledged in *Dagenais* that publication bans may “maximize the chances that witnesses will testify because they will not be fearful of the consequences of publicity” (p. 883).

[77] McLachlin J. (as she then was) summarized the third stage of the *Oakes* analysis as follows in *RJR-MacDonald*, at para. 160:

The impairment must be “minimal”, that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement . . .

[78] In its report, in seeking a solution tailored to the context, the working group set up by the Ministère de la Justice proposed six options to resolve the problems resulting from media activities in courthouses: (1) to enter into negotiations with the Fédération professionnelle des journalistes du Québec (“FPJQ”) to establish guidelines; (2) to either adopt a legislative provision that might designate certain areas in courthouses where filming, taking photographs and conducting interviews would be permitted, prohibit those activities in courthouses, or adopt the same rules as Ontario; (3) to leave it up to the judiciary to make rules of procedure to regulate the conduct of journalists; (4) to leave it up to the Ministère de la Justice to establish operating rules; (5) to maintain the *status quo*;

leur témoignage » (en ligne : <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/generale/declar.htm>).

[76] À mon avis, il était donc raisonnable de prévoir que les mesures auraient un effet positif sur le maintien de la saine administration de la justice, en favorisant la sérénité des débats et le décorum et en aidant à diminuer le plus possible la nervosité et l’angoisse inhérentes que ressentent naturellement les personnes appelées à témoigner devant les tribunaux. D’ailleurs, dans *Dagenais* notre Cour a reconnu que les interdictions de publication peuvent « accroître au maximum les chances que des personnes témoignent du fait qu’elles se sentent à l’abri des conséquences de la publicité » (p. 883).

[77] Le troisième volet de l’analyse de l’arrêt *Oakes* a été résumé ainsi par la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *RJR-MacDonald*, par. 160 :

La restriction doit être « minimale », c’est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l’atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d’adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l’intérieur d’une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu’elle a une portée trop générale simplement parce qu’ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l’objectif et à la violation . . .

[78] À la recherche d’une solution adaptée au contexte, le groupe de travail constitué par le ministère de la Justice proposait dans son rapport six avenues pour résoudre les problèmes découlant des activités des médias dans les palais de justice : (1) entamer des négociations avec la Fédération professionnelle des journalistes du Québec (« FPJQ ») afin d’établir des principes directeurs; (2) adopter une disposition législative qui pourrait soit désigner certains endroits dans les palais de justice où la prise d’images et la tenue d’entrevues seraient permises, soit interdire ces activités dans les palais de justice, ou encore adopter les règles de l’Ontario; (3) laisser à la magistrature le soin de contrôler les agissements de la presse par des règles de procédure; (4) laisser au Ministère le soin d’établir

and (6) to prepare a guide for organizing trials in the media spotlight (Report, at p. 20).

[79] In my opinion, the solution proposed in the impugned measures with regard to filming, taking photographs and conducting interviews falls “within a range of reasonable alternatives”. The judges and the Ministère de la Justice have opted for a solution that is less intrusive than a total ban on these journalistic activities in courthouses would have been. Furthermore, since journalists do not belong to a professional order and since only a fraction of the people who say that they work as journalists in courthouses are members of the FPJQ (for example, of the six journalists who testified for the appellants at first instance, only three were FPJQ members), it would have been impossible to reach the desired result by negotiating with the FPJQ. The *Professional Code of Ethics for Quebec Journalists* (1996), which was adopted at a general meeting of the FPJQ, expressly states in its preamble that it is not compulsory (online). For this same reason and for the others given above, preparing a “guide” would not have been effective.

[80] I should point out that the impugned measures that limit filming, taking photographs and conducting interviews do not preclude all expressive activities. In *R. v. Squires* (1992), 11 O.R. (3d) 385, the Ontario Court of Appeal heard an appeal concerning the validity of s. 67(2)(a)(ii) of the *Judicature Act*, R.S.O. 1980, c. 223, which provided for a ban that was similar to the one in issue in the case at bar, but that prohibited taking photographs or motion pictures “of any person entering or leaving the room in which the judicial proceeding is to be or has been convened”. Unlike the measure in the instant case, which authorizes filming, taking photographs and conducting interviews at certain locations within courthouses, the ban in *Squires* applied everywhere inside courthouses. Houlden J., writing for the majority of the Court of Appeal, nonetheless upheld the validity of s. 67(2)(a)(ii) and reached the following conclusions:

des règles de fonctionnement; (5) maintenir le statu quo; (6) mettre au point un guide pour l’organisation des procès hautement médiatisés (Rapport, p. 20).

[79] À mon avis, la solution proposée dans les mesures contestées à l’égard de la prise d’images et de la tenue d’entrevues se situe « à l’intérieur d’une gamme de mesures raisonnables ». La magistrature et le ministère de la Justice ont opté pour une solution qui est moins attentatoire que ne l’aurait été l’interdiction complète de ces activités journalistiques dans les palais de justice. De plus, comme les journalistes ne font pas partie d’un ordre professionnel et que la FPJQ ne regroupe qu’une fraction des personnes qui disent exercer le journalisme dans les palais de justice (par exemple, des six journalistes ayant témoigné pour les appelantes en première instance, seulement trois étaient membres de la FPJQ), entamer des négociations avec la FPJQ n’aurait pas permis d’atteindre l’objectif poursuivi. En outre, le *Guide de déontologie des journalistes du Québec* (1996), adopté à une assemblée générale de la FPJQ, reconnaît expressément dans son préambule qu’il n’a aucun pouvoir coercitif (en ligne). Pour cette raison et pour celles exprimées précédemment, l’élaboration d’un « guide » n’aurait pas non plus été efficace.

[80] Je souligne que les mesures contestées limitant la prise d’images et la tenue d’entrevues n’empêchent pas pour autant toute activité expressive. Dans l’affaire *R. c. Squires* (1992), 11 O.R. (3d) 385, la Cour d’appel de l’Ontario était saisie d’une contestation de la validité du sous-al. 67(2)(a)(ii) de la loi intitulée *Judicature Act*, R.S.O. 1980, ch. 223, qui établissait une interdiction semblable à celle qui nous intéresse, mais prohibait toute photographie ou tout film [TRADUCTION] « d’une personne qui entre dans la salle où se tient ou doit se tenir l’audience, ou en sort ». Je note que, contrairement à la présente espèce, où les journalistes peuvent prendre des images et tenir des entrevues à certains endroits dans les palais de justice, l’interdiction dans *Squires* s’appliquait partout à l’intérieur des palais de justice. Le juge Houlden, qui s’exprimait pour la majorité de la Cour d’appel, a néanmoins maintenu la validité du sous-al. 67(2)(a)(ii) et tiré les conclusions suivantes :

Section 67(2)(a)(ii) does not absolutely prohibit the taking of photographs or televising of participants in court proceedings. Such activities can and do take place outside the courthouse.

The fair and impartial administration of justice requires a calm, dignified atmosphere. If photographing and televising is permitted of persons entering or leaving the courtroom, that atmosphere will, I believe, be disrupted.

Furthermore, the taking of photographs of persons entering or leaving the courtroom, can, in my opinion, lead to “wolf-pack” journalism in which photographers and cameramen descend *en masse* on the person that they wish to photograph. Without s. 67(2)(a)(ii), the photographers would be able to stalk the hallways of the courthouse, waiting to pounce on participants as they move in and out of the courtroom. This can lead to shoving and shouting outside the courtroom door and the consequent disruption of proceedings in the courtroom. [p. 394]

[81] Under the measures adopted in the case at bar, journalists are expressly authorized to ask a person who is heading toward or exiting a courtroom if he or she would agree to give an interview while being photographed or filmed in an area provided for that purpose. Such areas are designated on every floor, near places participants must go through in order to enter and exit the courthouse (R.F. BQ, at para. 26). And journalists remain free to go anywhere in the courthouse and report on what they see. The impugned measures are a way to assure courthouse users that they will not be taken by surprise or harassed by journalists and that they will be interviewed, photographed or filmed only with their full consent.

[82] I must also reject the media organizations’ argument that the objective could be attained by having judges make *ad hoc* orders. Such a mechanism would not offer those who might be filmed or photographed or whose words might be recorded sufficient certainty that their rights would be respected (*Toronto Star*, at para. 43). Furthermore,

[TRADUCTION] Le sous-alinéa 67(2)a)(ii) n’interdit pas de manière absolue que l’on photographie ou que l’on filme les participants aux instances judiciaires. De telles activités peuvent se tenir — et d’ailleurs se tiennent — à l’extérieur des palais de justice.

L’administration équitable et impartiale de la justice requiert une atmosphère empreinte de calme et de dignité. S’il est permis de photographier et de filmer des personnes qui entrent dans les salles d’audience ou en sortent, cette atmosphère sera selon moi perturbée.

De plus, le fait de photographier des personnes qui entrent dans les salles d’audience ou en sortent peut, à mon avis, donner lieu à du journalisme « de meute », à des situations où les photographes et les caméramans se précipitent en masse sur la personne qu’ils veulent photographier ou filmer. Si le sous-alinéa 67(2)a)(ii) n’existait pas, les photographes pourraient rôder dans les couloirs des palais de justice et fondrent sur les participants lorsque ceux-ci entrent dans les salles d’audience ou en sortent. De telles activités pourraient occasionner des bousculades et des éclats de voix à l’extérieur des salles d’audience, ce qui aurait pour effet de perturber les audiences se déroulant à l’intérieur de celles-ci. [p. 394]

[81] Suivant les mesures qui ont été prises en l’espèce, il est expressément permis aux médias de demander à une personne qui se dirige vers une salle d’audience ou qui en sort si elle consent à accorder une entrevue devant un photographe ou un caméraman à un endroit prévu à cette fin. De tels lieux ont été désignés à chaque étage, près des endroits où tous les participants doivent passer pour pouvoir entrer et sortir du palais de justice (m.i. BQ, par. 26). Par ailleurs, les journalistes demeurent libres de circuler partout dans le palais de justice et de rapporter ce qu’ils constatent. Les mesures contestées constituent un moyen d’assurer aux usagers des palais de justice qu’ils ne seront pas surpris ou harcelés par les journalistes et que la tenue d’entrevues et la prise d’images se dérouleront sur une base pleinement consensuelle.

[82] Je rejetterais aussi l’argument des médias selon lequel des ordonnances *ad hoc* rendues par les juges permettraient d’atteindre l’objectif visé. De telles ordonnances n’offriraient pas à ceux dont l’image ou la voix pourraient être captées une certitude aussi grande que leurs droits seraient respectés (*Toronto Star*, par. 43). De plus, on souligne

the authors of the Report noted that [TRANSLATION] “[t]he diversity of the media and the variety in the profiles and specialties of journalists necessarily mean that they do not all have the same needs”, adding that “trials that attract media coverage are not all the same” (Report, at p. 5). It is as a result not always possible to foresee which hearings will attract the attention of journalists (Sup. Ct., at paras. 179 and 199). What is more, [TRANSLATION] “excesses” may occur outside courtrooms prior to the trial itself, at the time of the appearance, for example, so harm may be sustained by participants long before they appear before the trial judge. Finally, witnesses other than the parties to proceedings are rarely represented by counsel, which means that any mechanism based on making an application to the court for an order limiting the activities of journalists would be impracticable.

[83] The official audio recordings of hearings reproduce the words of people who have participated in court proceedings and were compelled, either morally or legally, to do so. Such people are not free to refuse to appear. A person, whether a party or a witness, who is summoned to testify in court must address his or her testimony to the court, in the courtroom, not to the media’s audience outside the room. To broadcast the audio recordings of hearings would be to alter the forum in which the testimony is given. Of course, except in cases involving *in camera* hearings and publication bans, journalists may — and even must — broadcast or print information they gather during hearings. However, courtrooms have always been heavily regulated. This regulation ensures, *inter alia*, that witnesses can participate as calmly as possible in the truth finding process. Possession of a copy of the recording of a hearing does not authorize the holder to alter the environment in which the hearing takes place.

[84] Audio recordings of hearings are made to conserve evidence. This method of capturing and

dans le Rapport que « [I]a diversité des médias, la variété des profils et des spécialités des journalistes font nécessairement en sorte que les besoins des uns et des autres sont différents » et que « les procès sujets à médiatisation ne présentent pas tous les mêmes particularités » (Rapport, p. 5). Par conséquent, il n’est pas toujours possible de prévoir quelles audiences retiendront l’attention des journalistes (C.S., par. 179 et 199). En outre, des « débordements » peuvent survenir à l’extérieur des salles d’audience avant le procès lui-même, par exemple lors de la comparution. De ce fait, le préjudice subi par les participants peut s’être cristallisé bien avant que ces personnes ne se présentent devant le juge chargé de présider le procès. Enfin, hormis les parties à l’instance, les autres personnes appelées à témoigner sont rarement représentées par des avocats, situation qui rendrait impraticable tout mécanisme reposant sur la présentation au tribunal d’une demande visant à faire limiter les activités des journalistes.

[83] Les enregistrements sonores officiels des audiences reproduisent les voix de personnes qui ont participé aux débats devant le tribunal, sous contrainte morale ou légale. Ces personnes ne sont pas libres de refuser de comparaître. La personne — partie ou témoin — convoquée pour déposer devant le tribunal doit adresser son témoignage à celui-ci, dans la salle d’audience, non pas à l’auditoire des médias, à l’extérieur de cette salle. La diffusion des enregistrements sonores des audiences changerait le forum devant lequel le témoignage est donné. Il est certain que, sauf lorsqu’il y a huis clos ou interdiction de publication, les médias peuvent — et même doivent — diffuser les informations qu’ils recueillent lors des audiences. Toutefois, les salles d’audience ont de tout temps été des lieux hautement réglementés. Cette réglementation garantit notamment que les témoins pourront participer le plus sereinement possible à la recherche de la vérité. Le fait d’avoir en main une copie de l’enregistrement d’une audience n’autorise pas à modifier l’environnement dans lequel celle-ci se déroule.

[84] Les enregistrements sonores des audiences sont établis dans le but de préserver la preuve. Ce

conserving testimony is the modern alternative to having stenographers take notes in the courtroom. The recording method used in courtrooms must be authorized by the government and may be used only by staff members designated by the court or its clerk (R.F. AGQ, at para. 35; arts. 324 et seq. C.C.P.; ss. 540, 646 and 801 Cr. C.; *Vilaire v. Association professionnelle des sténographes officiels du Québec*, [1999] R.J.Q. 1609 (C.A.)). Journalists have a right to use those recordings to enhance the accuracy of reports they are preparing, but they cannot use them in a way that would have an impact on the testimony itself.

[85] This Court recently confirmed that freedom of the press does not protect all journalistic activities (*National Post*, at para. 38). More specifically, not all techniques or methods are protected. If, in the final analysis, the broadcasting of recordings is protected by the *Charter* when the government makes a particular method of expression available to the media to foster freedom of the press, this implies that the government can also adopt measures to ensure that trials take place peacefully, that is, that it can act to ensure that journalists do not appropriate or use such recordings in a way that compromises the very objectives being pursued in making them available.

[86] It is therefore my opinion that the measures are “carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary” (*RJR-MacDonald*, at para. 160).

[87] The first three stages of the *Oakes* analysis are anchored in the assessment of the impugned law’s purpose. “Only the fourth branch takes full account of the ‘severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups’” (*Hutterian*, at para. 76). At this stage, therefore, it is necessary to assess the consequences of the impugned measure (*Toronto Star*, at para. 50).

[88] In the case at bar, the negative effects of the measures have of course been proven. Even when

mode de captation et de conservation des témoignages est une solution de rechange moderne à leur notation sténographique dans la salle d’audience. Le mécanisme d’enregistrement employé dans les salles d’audience doit être autorisé par le gouvernement et son utilisation est réservée au personnel désigné par le tribunal ou le greffier (m.i. PGQ, par. 35; art. 324 et suiv. C.p.c.; art. 540, 646 et 801 C. cr.; *Vilaire c. Association professionnelle des sténographes officiels du Québec*, [1999] R.J.Q. 1609 (C.A.)). Les médias ont le droit d’utiliser ces enregistrements pour préparer leurs reportages de façon à les rendre plus précis, mais ils ne peuvent pas en faire un usage qui aurait des conséquences sur les témoignages eux-mêmes.

[85] Notre Cour a confirmé récemment que la liberté de presse ne protège pas toute activité journalistique (*National Post*, par. 38). Plus particulièrement, ce ne sont pas toutes les techniques ou méthodes qui sont protégées. Or, si en dernière analyse la diffusion des enregistrements bénéficie de la protection de la *Charte* lorsque le gouvernement met à la disposition des médias un mode d’expression particulier dans le but de favoriser la liberté de la presse, cela implique que celui-ci peut aussi prendre des mesures propres à assurer le déroulement paisible des procès, c’est-à-dire qu’il peut intervenir pour éviter que les médias ne s’approprient ou n’utilisent ces enregistrements d’une façon qui compromet les fins poursuivies par leur remise.

[86] Par conséquent, je suis d’avis que les mesures sont « soigneusement adaptée[s] de façon à ce que l’atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire » (*RJR-MacDonald*, par. 160).

[87] Les trois premières étapes de l’analyse proposée dans *Oakes* se rattachent à l’appréciation de l’objectif de la mesure législative contestée. « Seule la quatrième étape tient pleinement compte de “la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes” » (*Hutterian*, par. 76). Ainsi, cette étape requiert l’évaluation des conséquences de la mesure contestée (*Toronto Star*, par. 50).

[88] En l’espèce, les effets négatifs des mesures contestées ont été certes prouvés. Même lorsque les



journalists act in a manner that is compatible with the function of the courthouse, the proceeding under way in it and the rights of users, the measures limit news gathering. Moreover, the rules of practice and Directive A-10 prohibit holding interviews, filming and taking photographs at many locations in courthouses where journalistic activities were formerly permitted.

[89] However, a review of the consequences of the impugned measures reveals numerous salutary effects. The evidence shows that witnesses, parties, members of the public and lawyers can now move about freely near courtrooms without fear of being pursued by the media. Lawyers can hold discussions with their witnesses and with counsel for the opposing party in hallways adjacent to courtrooms without being disturbed (Sup. Ct., at paras. 75 and 184-85). Those who adopted the impugned measures took the vulnerability of participants in the judicial process into consideration and made sure that when such people consent to co-operate with the media, they do so as freely and calmly as possible. The controls on journalistic activities thus facilitate truth finding by not adding to the stress on witnesses who must participate in a process that, for most of them, is already distressing enough.

[90] Another salutary effect of the impugned measures relates to the privacy of participants. The following comment by La Forest J. is relevant here: "The court's power to regulate the publicity of its proceedings serves, among other things, to protect privacy interests, especially those of witnesses and victims" (*New Brunswick*, at para. 39). When litigants participate in the justice system, they do not waive their right to privacy (*Lac d'Amiante*, at para. 72; see also G.-A. Parent, "Les médias: source de victimisation" (1990), 23:2 *Criminologie* 47, at p. 54). In the instant case, the impugned measures help minimize significantly the violation of privacy.

journalistes agissent dans le respect de la fonction des palais de justice, du processus qui s'y déroule et des droits des usagers, les mesures limitent la cueillette d'information. De plus, les règles de pratique et la Directive A-10 prohibent la tenue d'entrevues et la prise d'images à plusieurs endroits dans les palais de justice où il était jadis permis d'exercer des activités journalistiques.

[89] L'examen des conséquences des mesures contestées révèle cependant de nombreux effets bénéfiques. En effet, la preuve montre que les témoins, les parties, les membres du public et les avocats peuvent maintenant circuler librement aux abords des salles d'audience, sans crainte de se faire pourchasser par les médias. Les avocats peuvent discuter en toute quiétude avec leurs témoins et avec les procureurs de la partie adverse dans les corridors adjacents aux salles d'audience (C.S., par. 75 et 184-185). Les mesures contestées tiennent compte de la situation de vulnérabilité des personnes qui participent au processus judiciaire et font en sorte que celles-ci puissent exprimer le plus librement et sereinement possible leur consentement à collaborer avec les médias. La réglementation des activités journalistiques favorise donc la recherche de la vérité, en évitant d'imposer un stress additionnel aux témoins qui doivent participer à un processus qui, pour la plupart d'entre eux, est déjà suffisamment angoissant.

[90] Une autre conséquence bénéfique des mesures contestées a trait à la protection de la vie privée des participants. Je rappelle à cet égard le commentaire suivant du juge La Forest : « Le pouvoir des tribunaux de régir la publicité des débats en justice sert notamment à protéger la vie privée, surtout celle des témoins et des victimes » (*Nouveau-Brunswick*, par. 39). La participation des justiciables au système de justice n'emporte pas renonciation par ceux-ci à leur droit au respect de leur vie privée (*Lac d'Amiante*, par. 72; voir aussi G.-A. Parent, « Les médias : source de victimisation » (1990), 23:2 *Criminologie* 47, p. 54). Or, en l'espèce, les mesures contestées contribuent à atténuer considérablement l'atteinte à la vie privée.

[91] The media organizations assert that the broadcasting of audio recordings is common practice at the Court of Québec, but the evidence does not show that to be so and the respondents dispute the assertion. The rules of practice of the Court of Québec prohibit the broadcasting of recordings made by journalists (*Regulation of the Court of Québec*, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 1.01.1, s. 12). The judges of the Superior Court, when faced with the circumvention of a similar prohibition, adopted an explicit measure. Any attempt to explain why the Court of Québec has not also done so would be purely speculative.

[92] Although I accept that the broadcasting of official audio recordings would add value to media reports and make them more interesting, I cannot find that the prohibition against broadcasting these recordings adversely affects the ability of journalists to describe, analyse or comment rigorously on what takes place in the courts.

[93] The negative effect that broadcasting the audio recordings would have on the proceedings and the real impact it would have both on those participating in the hearing and on the search for the truth inherent in the judicial process are factors that must be taken into account. The recordings are, first and foremost, a means of keeping a record of such proceedings, and journalists should not use them in a way that would distort that objective. The *raison d'être* of the recordings must not be altered. They are a means of conserving evidence. To broadcast them in the name of freedom of the press would undermine the integrity of the judicial process, which the open court principle is supposed to guarantee.

[94] When the salutary and the negative effects of the impugned measures are balanced, it must be concluded that the former outweigh the latter. In the court context, freedom of expression, like all other fundamental rights, must be reconciled with the fair administration of justice. As Salmon L.J. wrote in *Morris v. Crown Office*, [1970] 1 All E.R. 1079 (C.A.), at pp. 1086-87 (quoted with approval by Dickson C.J. in *B.C.G.E.U. v. British Columbia*

[91] Les médias affirment que la diffusion des enregistrements sonores est monnaie courante à la Cour du Québec. La preuve ne le démontre pas et l'affirmation est contestée par les intimés. Les règles de pratique de la Cour du Québec interdisent la diffusion des enregistrements faits par les médias (*Règlement de la Cour du Québec*, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 1.01.1, art. 12). Aux prises avec le contournement d'une interdiction analogue, les juges de la Cour supérieure ont adopté une mesure explicite. Toute tentative d'expliquer l'absence d'interdiction explicite à la Cour du Québec n'est que pure spéculation.

[92] Si j'accepte que la diffusion des enregistrements sonores officiels ajoute à la valeur des reportages et accroît leur intérêt, je ne peux toutefois conclure que l'interdiction de diffuser ces enregistrements nuit à la capacité des médias de décrire, d'analyser ou de commenter avec rigueur ce qui se déroule devant les tribunaux.

[93] L'effet négatif de la diffusion des enregistrements sonores sur les débats à l'audience, ainsi que son incidence réelle sur les participants aux audiences et sur la recherche de la vérité — aspect inhérent au processus judiciaire — sont autant de facteurs qui doivent être pris en considération. Les enregistrements sont d'abord et avant tout un moyen de consigner ces débats et les médias ne devraient pas les utiliser de façon à dénaturer cet objectif. La raison d'être des enregistrements doit être sauvegardée. Ils constituent une façon de préserver la preuve. Leur diffusion au nom de la liberté de la presse minerait un des objectifs que la publicité des débats est censée garantir : l'intégrité du système judiciaire.

[94] Lorsque les effets positifs et négatifs des mesures contestées sont mis en balance, force est de constater que les premiers l'emportent sur les seconds. Dans le contexte judiciaire, la liberté d'expression, comme tous les autres droits fondamentaux, doit être conciliée avec une saine administration de la justice. Comme le mentionne le juge Salmon dans *Morris c. Crown Office*, [1970] 1 All E.R. 1079 (C.A.), p. 1086-1087 (cité avec

(*Attorney General*), [1988] 2 S.C.R. 214, at p. 249):

Every member of the public has an inalienable right that our courts shall be left free to administer justice without obstruction or interference from whatever quarter it may come. Take away that right and freedom of speech together with all the other freedoms would wither and die, for in the long run it is the courts of justice which are the last bastion of individual liberty.

Like litigants, the media have an interest in contributing to the fair administration of the judicial system. An approach under which only the immediate interests of a few journalists indifferent to the proper functioning of the courts are taken into account would not foster freedom of the press. The press would be far less useful if, in seeking to fulfil its function of reporting information of public interest, it were to compromise the serenity of hearings and the search for the truth. The presence of journalists would then be not only ineffectual, but harmful.

[95] I would note that most of the provinces have also adopted measures to limit journalistic activities outside courtrooms (for example, Ontario prohibits photographing or filming any person in a courthouse where there is a reasonable ground for believing that the person is there for the purpose of attending or leaving a hearing (*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 136(1)(a)(iii)); Nova Scotia has designated areas for the use of cameras on the various floors of the courthouses to which its measures apply, and interviews must be conducted in specified areas (*Guidelines for Press, Media, and Public Access to the Courts of Nova Scotia*, Appendix A (2008) (online)). British Columbia recently adopted new rules, but it is too soon to assess their effectiveness (Supreme Court of British Columbia, “Practice Direction: Television Coverage of Court Proceedings”, PD – 23, July 1, 2010 (online)). As for the broadcasting of recordings of hearings, it is regulated by all the provinces.

approbation par le juge en chef Dickson dans *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, p. 249) :

[TRADUCTION] Tous les membres du public ont le droit inaliénable à ce que nos tribunaux soient laissés libres d’administrer la justice sans entrave ni empêchement de quelque part que ce soit. Si ce droit était supprimé, la liberté d’expression ainsi que toutes les autres libertés déperiraient et mourraient, car à la longue ce sont les cours de justice qui constituent le bastion de la liberté individuelle.

Tout comme les justiciables, les médias ont intérêt à contribuer à une saine gestion de l’appareil judiciaire. En effet, la liberté de la presse n’est pas favorisée par une approche guidée par les seuls intérêts immédiats de quelques journalistes indifférents au bon fonctionnement des tribunaux. L’utilité de la presse serait considérablement diminuée si, en souhaitant accomplir ses fonctions de rapporteur d’informations d’intérêt public, celle-ci compromettait la sérénité des débats et la recherche de la vérité. La présence des médias serait alors non seulement inefficace, mais plutôt nuisible.

[95] Je souligne que la plupart des provinces ont également adopté des mesures visant à limiter les activités journalistiques à l’extérieur des salles d’audience (par exemple, l’Ontario interdit toute prise d’image d’une personne dans un palais de justice s’il existe des motifs valables de croire qu’elle se rend à une audience ou la quitte (*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, sous-al. 136(1)a(iii)); la Nouvelle-Écosse a désigné des zones pour l’utilisation des caméras sur les différents étages des palais de justice visés, et les entrevues doivent se tenir à des endroits déterminés (*Guidelines for Press, Media, and Public Access to the Courts of Nova Scotia*, Appendix A (2008) (en ligne)). La Colombie-Britannique a récemment adopté de nouvelles règles, mais il est trop tôt pour évaluer leur efficacité (Cour suprême de la Colombie-Britannique, « Practice Direction : Television Coverage of Court Proceedings », PD – 23, 1<sup>er</sup> juillet 2010 (en ligne)). Pour ce qui est de la diffusion des enregistrements des audiences, toutes les provinces réglementent cette question.

[96] In addition, a number of countries have adopted measures that are similar to or even stricter than the measures being challenged in the case at bar. For example, in the United Kingdom it is prohibited to take any photograph or even to make any sketch in court of any participant in legal proceedings, including in the building and its precincts, and to broadcast recordings of judicial proceedings (*Criminal Justice Act, 1925* (U.K.), 15 & 16 Geo. 5, c. 86, s. 41; *Contempt of Court Act 1981* (U.K.), 1981, c. 49, s. 9). France also prohibits the use in courtrooms of any device for recording or broadcasting sound (*Code de procédure pénale*, art. 308). This national, indeed international, consensus confirms that measures intended to regulate the work of the media in courthouses are necessary to maintain the fair administration of justice.

[97] Thus, the limits imposed on freedom of expression are reasonable and are justified in a free and democratic society.

##### 5. Conclusion

[98] Freedom of the press and the fair administration of justice are essential to the proper functioning of a democratic society and must be harmonized with one another. Each one is just as vital as the other. Freedom of the press cannot foster self-fulfilment, democratic discourse and truth finding if it has a negative impact on the fair administration of justice. In the instant case, the government has taken action to reconcile those two values. Since no right is absolute, this reconciliation must be accepted.

[99] I would dismiss the appeal with costs and confirm that the impugned measures are constitutional.

#### APPENDIX

##### RULES GOVERNING FILMING, PICTURE TAKING AND INTERVIEWING

In order to ensure the fair administration of justice, the serenity of judicial hearings and the respect of the rights of litigants and witnesses:

[96] De plus, plusieurs pays ont adopté des mesures semblables ou même plus strictes encore que celles contestées en l'espèce. Par exemple, au Royaume-Uni, toute photographie ou même croquis à la Cour d'un participant à une instance judiciaire est interdit, incluant l'édifice et ses abords, de même que la diffusion de l'enregistrement des procédures judiciaires (*Criminal Justice Act, 1925* (R.-U.), 15 & 16 Geo. 5, ch. 86, art. 41; *Contempt of Court Act 1981* (R.-U.), 1981, ch. 49, art. 9). La France interdit elle aussi l'emploi de tout appareil d'enregistrement ou de diffusion sonore à l'intérieur des salles d'audience (*Code de procédure pénale*, art. 308). Ce consensus national, voire international, confirme que des mesures destinées à encadrer le travail des médias dans les palais de justice sont nécessaires pour assurer le maintien d'une saine administration de la justice.

[97] Les limites imposées à la liberté d'expression sont donc raisonnables et justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique.

##### 5. Conclusion

[98] La liberté de la presse et la saine administration de la justice sont essentielles au bon fonctionnement d'une société démocratique et elles doivent être harmonisées. Elles sont tout aussi vitales l'une que l'autre. La liberté de la presse ne saurait favoriser l'épanouissement personnel, le débat démocratique et la recherche de la vérité si elle a une incidence négative sur la saine administration de la justice. En l'espèce, l'État est intervenu pour concilier ces deux valeurs. Reconnaisant qu'aucun droit n'est absolu, il faut accepter cette conciliation.

[99] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi, avec dépens, et de confirmer la constitutionnalité des mesures contestées.

#### ANNEXE

##### DIRECTIVES CONCERNANT LA PRISE D'IMAGES ET LA TENUE D'ENTREVUES

Afin d'assurer la saine administration de la justice, la sérénité des débats judiciaires et le respect des droits des justiciables et des témoins :

- |   |  |
|---|--|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. It is prohibited to obstruct or hinder the free movement of persons in public areas, including by stopping in front of them or by blocking their passage.</li> <li>2. Filming, picture taking and interviewing are permitted only within the areas marked by pictograms in the public sections of the court house. For certain court houses, such areas are identified in the floor plan annexed hereto.</li> <li>3. It is forbidden to follow individuals with cameras or microphones in court houses.</li> <li>4. No filming, picture taking or interviewing may take place in the general vicinity of court rooms, including near entrance and exit doors.</li> <li>5. It is, however, permitted to request an interview from a person exiting [a] court room.</li> <li>6. Where the person consents to give an interview, the media representative and this person must move to the area of the court house designated for that purpose, as identified by pictograms.</li> <li>7. Notwithstanding the preceding, safety instructions and security zones must be respected at all times.</li> <li>8. Any person may contact the security service of the courthouse in order to have the present rules enforced.</li> <li>9. The present rules shall come into effect on May 16, 2005.</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Il est interdit d'entraver ou de gêner la libre circulation des usagers dans les aires publiques notamment en s'immobilisant devant une personne ou en lui obstruant le passage.</li> <li>2. La prise d'images et la tenue d'entrevues ne sont permises que dans les zones désignées par des pictogrammes dans les aires publiques des palais de Justice annexés aux présentes.</li> <li>3. Il est interdit de pourchasser des personnes avec des caméras ou des microphones dans les palais de Justice.</li> <li>4. Aucune prise d'image ni entrevue ne peut être faite aux sorties ou aux abords des salles d'audience.</li> <li>5. Toutefois, il est permis de demander à une personne à la sortie de la salle d'audience de donner une entrevue.</li> <li>6. Lorsque la personne consent à donner une entrevue, les représentants des médias et cette personne doivent se rendre à l'endroit prévu à cette fin et désigné par pictogramme dans les palais de Justice pour la prise d'images et la tenue d'entrevues.</li> <li>7. Les consignes et périmètres de sécurité doivent être respectés en tout temps.</li> <li>8. Tout usager peut faire appel au Service de sécurité du palais de Justice afin d'assurer le respect des présentes directives.</li> <li>9. Les présentes directives entrent en vigueur le 16 mai 2005.</li> </ol> |
|---|--|

François Rolland  
Chief Justice  
Quebec Superior Court

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Spiegel Sohmer, Montréal.*

*Solicitors for the respondent the Attorney General of Canada: Côté, Marcoux & Joyal, Montréal.*

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

François Rolland  
Juge en chef  
Cour supérieure du Québec

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelantes : Spiegel Sohmer, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé le procureur général du Canada : Côté, Marcoux & Joyal, Montréal.*

*Procureur de l'intimé le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Montréal.*

*Solicitors for the respondent the Honourable François Rolland, in his capacity as Chief Justice of the Quebec Superior Court: Langlois Kronström Desjardins, Montréal.*

*Solicitors for the respondent Barreau du Québec: Irving Mitchell Kalichman, Montréal.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, RTNDA Canada/Association of Electronic Journalists, Canadian Association of Journalists, Canadian Journalists for Free Expression and Canadian Publishers' Council: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McCarthy Tetrault, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé l'honorable François Rolland, ès qualités de juge en chef de la Cour supérieure du Québec : Langlois Kronström Desjardins, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé le Barreau du Québec : Irving Mitchell Kalichman, Montréal.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Procureurs des intervenants l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques, Association canadienne des journalistes, Journalistes canadiens pour la liberté d'expression et Canadian Publishers' Council : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : McCarthy Tetrault, Montréal.*

**Canadian Broadcasting Corporation** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen and Stéphan Dufour** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Alberta, British Columbia Civil Liberties Association and Canadian Civil Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: CANADIAN BROADCASTING CORP. v. THE QUEEN**

**2011 SCC 3**

File No.: 32987.

2010: March 16; 2011: January 28.

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

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

*Criminal law — Procedure — Broadcasting ban — Open court principle — Video recording of statement made to police by accused tendered in evidence at trial — Media organizations applying for permission to broadcast recording of statement — Expressive activity protected by freedom of expression — Order within discretion of trial judge — Whether motion must be decided by applying Dagenais/Mentuck test.*

*Courts — Superior Court — Broadcasting ban — Rules of practice prohibiting any broadcasting of recording of hearing — Whether prohibition applies to broadcasting of exhibit tendered in evidence — Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division, 2002, SI/2002-46 (am. SI/2005-19), ss. 8, 8.A.*

**Société Radio-Canada** *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine et Stéphan Dufour** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de l'Alberta, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique et Association canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ RADIO-CANADA c. LA REINE**

**2011 CSC 3**

N° du greffe : 32987.

2010 : 16 mars; 2011 : 28 janvier.

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

**EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DU QUÉBEC**

*Droit criminel — Procédure — Interdiction de diffusion — Principe de la publicité des débats judiciaires — Enregistrement vidéo d'une déclaration de l'accusé faite aux policiers déposé en preuve au procès — Requête des médias visant à obtenir l'autorisation de diffuser l'enregistrement de la déclaration — Activité expressive protégée par la liberté d'expression — Ordonnance relevant du pouvoir discrétionnaire du juge du procès — La requête doit-elle être décidée selon la grille d'analyse établie dans les arrêts Dagenais/Mentuck?*

*Tribunaux — Cour supérieure — Interdiction de diffusion — Règles de procédure interdisant la diffusion de tout enregistrement sonore des audiences — La diffusion d'une pièce déposée en preuve est-elle visée par cette interdiction? — Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle (2002), TR/2002-46 (mod. TR/2005-19), art. 8, 8A.*

At S's trial, the Crown produced as an exhibit a video recording of a statement he had made to the police before being charged. The Superior Court authorized journalists to view the statement in another courtroom and to film the screen on which the statement was being played back, but prohibited them from broadcasting the recording of the statement. The CBC and Groupe TVA applied to the Superior Court for permission to broadcast the video recording of the statement, but their motion was dismissed. The CBC appealed that decision.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The prohibition on broadcasting provided for in ss. 8 and 8.A of the *Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division, 2002* does not apply to a video recording tendered in evidence. It applies only to recordings of proceedings. Because exhibits are created independently of and prior to the proceedings at the hearing, they cannot be equated with those proceedings. Access to exhibits is a corollary to the open court principle, and in the absence of an applicable statutory provision, it is up to the trial judge to decide, in accordance with the analytical approach developed in *Dagenais* and *Mentuck*, how exhibits can be used. Before making an order on an application to broadcast a statement, the trial judge must weigh the factors at stake and ensure that the serenity of the hearing, trial fairness and the fair administration of justice are preserved.

In this case, S's trial is now over and he has been acquitted. The appeal as framed has become moot. However, should a motion to broadcast the statement be made even though the judicial proceedings are over, the judge would have to assess the impact that broadcasting the statement might have on the trial of a co-accused or on the accused personally. S argues that the impact on him of broadcasting the statement would be particularly dire because of his intellectual disability. There are cases in which the protection of social values must prevail over openness. A situation requiring the protection of vulnerable individuals, especially after they have been acquitted, is one such case.

#### Cases Cited

**Applied:** *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; **referred to:** *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19; *Société Radio-Canada v. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1910, [2008] R.J.Q. 2303; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Vickery v. Nova Scotia*

Au procès de S, la poursuite dépose comme pièce l'enregistrement vidéo d'une déclaration que celui-ci a faite aux policiers avant sa mise en accusation. La Cour supérieure autorise les médias à visionner la déclaration dans une autre salle d'audience et à filmer l'écran sur lequel est diffusée la déclaration, mais elle leur interdit de rediffuser l'enregistrement de la déclaration. La SRC et le Groupe TVA présentent à la Cour supérieure une requête afin d'obtenir l'autorisation de diffuser l'enregistrement vidéo de la déclaration, qui est rejetée. La SRC se pourvoit contre cette décision.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

L'enregistrement vidéo déposé en preuve n'est pas visé par l'interdiction de diffusion prévue aux art. 8 et 8A des *Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle (2002)*. Cette interdiction vise uniquement les enregistrements des débats. Comme la création des pièces est indépendante des débats tenus à l'audience et antérieure à celle-ci, elles ne peuvent pas leur être assimilées. L'accès aux pièces est un corollaire du caractère public des débats et, en l'absence de disposition législative applicable, il revient au juge du procès de décider de l'usage qui peut en être fait selon la grille d'analyse établie dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck*. Lorsqu'il est saisi d'une demande de diffusion d'une déclaration, le juge du procès doit, avant de prononcer l'ordonnance, soupeser les différents facteurs en jeu et s'assurer que la sérénité des débats, l'équité du procès et une saine administration de la justice sont préservées.

En l'espèce, le procès de S est maintenant terminé et il a été acquitté. Le pourvoi tel que formé est devenu théorique. Cependant, si une requête pour diffusion de la déclaration était présentée malgré la fin du débat judiciaire, le juge devrait évaluer l'incidence de la diffusion de celle-ci sur le procès d'un coaccusé ou sur l'accusé lui-même. À cet égard, S fait valoir qu'il serait particulièrement affecté par la diffusion de la déclaration en raison de sa déficience intellectuelle. La protection de valeurs sociales doit parfois avoir préséance sur la publicité des débats. La protection des personnes vulnérables, particulièrement lorsqu'elles ont été acquittées, constitue un tel cas.

#### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; **arrêts mentionnés :** *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19; *Société Radio-Canada c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1910, [2008] R.J.Q. 2303; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Vickery c. Cour suprême de*



*Supreme Court (Prothonotary)*, [1991] 1 S.C.R. 671; *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *R. v. Canadian Broadcasting Corporation*, 2010 ONCA 726 (CanLII); *Société Radio-Canada v. Bérubé*, [2005] R.J.Q. 1183; *R. v. Giroux*, 2005 CanLII 12396; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 2(b).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 241(b).  
*Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division*, 2002, SI/2002-46, ss. 8, 8.A [ad. SI/2005-19, (2005) 139 Can. Gaz. II, 417, s. 1], 8.B [*idem*].  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40.

### Authors Cited

Béliveau, Pierre, et Martin Vaclair. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 15<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2008.

APPEAL from a decision of the Quebec Superior Court, 2008 QCCS 6931, [2008] J.Q. n° 24110 (QL), 2008 CarswellQue 14365, dismissing a motion for permission to broadcast a statement of the accused. Appeal dismissed.

*Sylvie Gadoury, Geneviève McSween and Anne-Julie Perrault*, for the appellant.

*Dominique A. Jobin and Denis Dionne*, for the respondent Her Majesty the Queen and the intervener the Attorney General of Quebec.

*Pascale F. Tremblay and Michel Boudreault*, for the respondent Stéphan Dufour.

*Pierre Salois and Claude Joyal*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Gaétan Migneault*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

*Donald B. Padget*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)*, [1991] 1 R.C.S. 671; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *R. c. Canadian Broadcasting Corporation*, 2010 ONCA 726 (CanLII); *Société Radio-Canada c. Bérubé*, [2005] R.J.Q. 1183; *R. c. Giroux*, 2005 CanLII 12396; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 2b).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 241b).  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40.  
*Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle (2002)*, TR/2002-46, art. 8, 8A [aj. TR/2005-19, (2005) 139 Gaz. Can. II, 417, art. 1], 8B [*idem*].

### Doctrine citée

Béliveau, Pierre, et Martin Vaclair. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 15<sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 2008.

POURVOI contre une décision de la Cour supérieure du Québec, 2008 QCCS 6931, [2008] J.Q. n° 24110 (QL), 2008 CarswellQue 14365, qui a rejeté une requête visant à obtenir l'autorisation de diffuser une déclaration de l'accusé. Pourvoi rejeté.

*Sylvie Gadoury, Geneviève McSween et Anne-Julie Perrault*, pour l'appelante.

*Dominique A. Jobin et Denis Dionne*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine et l'intervenant le procureur général du Québec.

*Pascale F. Tremblay et Michel Boudreault*, pour l'intimé Stéphan Dufour.

*Pierre Salois et Claude Joyal*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Gaétan Migneault*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Donald B. Padget*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Simon V. Potter and Michael A. Feder*, for the interveners the British Columbia Civil Liberties Association.

*Mahmud Jamal and Jason MacLean*, for the interveners the Canadian Civil Liberties Association.

English version of the judgment of the Court delivered by

[1] DESCHAMPS J. — In this case, as in the companion appeal *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19, the judgment in which is being released concurrently, the Court must consider the interrelationship of freedom of the press, the open court principle and the fair administration of justice. The challenge in the companion appeal concerns rules on broadcasting recordings of hearings and on conducting interviews, filming and taking photographs. In the case at bar, the challenge relates instead to the broadcasting of a video recording tendered in evidence at trial.

### 1. Facts

[2] The respondent Stéphan Dufour, who was charged with aiding suicide under s. 241(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“Cr. C.”), elected to be tried by judge and jury. The trial began on November 25, 2008, before Lévesque J. of the Quebec Superior Court. On November 27, 2008, the Crown produced as an exhibit a video recording of a statement Mr. Dufour had made to the police before being charged. The parties, the jury and members of the media were present in the courtroom. No general or specific restrictions were placed on the openness of the hearing. Lévesque J. authorized the journalists to view the statement. For this purpose, portions of the recorded statement selected by the journalists were shown on a screen in another courtroom, and the journalists were allowed to film the screen as these portions were being played back. However, the court clerk and Lévesque J. told the journalists that they were prohibited from broadcasting the recording of the

*Simon V. Potter et Michael A. Feder*, pour l’intervenante l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

*Mahmud Jamal et Jason MacLean*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Le jugement de la Cour a été rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Tout comme dans le pourvoi connexe *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19, dans lequel jugement est rendu concurremment, la Cour doit en l’espèce examiner l’interrelation entre la liberté de la presse, le principe de la publicité des débats judiciaires et la nécessité de maintenir une saine administration de la justice. Dans le pourvoi connexe, ce sont les règles régissant la diffusion des audiences ainsi que la tenue d’entrevues et la prise d’images qui sont contestées. Le présent dossier porte plutôt sur la diffusion d’un enregistrement vidéo déposé en preuve pendant le procès.

### 1. Faits

[2] Accusé du crime d’aide au suicide prévu à l’al. 241b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« Cr. c. »), l’intimé Stéphan Dufour choisit de subir son procès devant juge et jury. Le procès débute le 25 novembre 2008 devant le juge Lévesque de la Cour supérieure du Québec. Le 27 novembre 2008, la poursuite dépose comme pièce au procès l’enregistrement vidéo d’une déclaration faite par M. Dufour aux policiers avant sa mise en accusation. Les parties, les jurés et les journalistes sont présents dans la salle d’audience. Aucune restriction générale ou particulière concernant la publicité des débats à l’audience n’est imposée. Le juge Lévesque autorise les médias à visionner la déclaration. À cette fin, des séquences de l’enregistrement de la déclaration sélectionnées par les médias sont présentées dans une autre salle d’audience, où il leur est permis de filmer l’écran sur lequel est diffusée la déclaration. La greffière-audicière et le juge Lévesque précisent aux représentants des

statement. This limit on the use of the recording gave rise to this litigation.

## 2. Judicial History

[3] On December 1, 2008, the appellant, the Canadian Broadcasting Corporation (“CBC”), and Groupe TVA applied jointly to Lévesque J. for permission to broadcast the video recording of the statement. The motion was dismissed: 2008 QCCS 6931 (CanLII). The judge considered that since ss. 8 and 8.A of the *Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division, 2002*, SI/2002-46, am. SI/2005-19, s. 1 (“RPCr” or “Rules of Criminal Practice”), prohibit any broadcasting of a recording of a hearing, the broadcasting of a video recording introduced in evidence should also be prohibited (para. 21). In his opinion, [TRANSLATION] “the effect of [concluding otherwise] would be to indirectly authorize the applicants to do something that is directly prohibited” (para. 22). Relying on the Quebec Court of Appeal’s judgment in *Société Radio-Canada c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1910, [2008] R.J.Q. 2303, Lévesque J. held that ss. 8, 8.A and 8.B of the Rules of Criminal Practice were constitutionally valid.

[4] The CBC appealed that order to this Court under s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26.

## 3. Issues

[5] On June 29, 2009, the Chief Justice stated two questions concerning the constitutionality of ss. 8 and 8.A RPCr under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (“Charter”). The CBC, the Crown and the Attorney General of Quebec (“AGQ”), together with Stéphan Dufour and the Attorney General of Canada (“AGC”), submit that these questions should not be answered, because in their view ss. 8 and 8.A RPCr are not applicable in this case. As will be shown in the reasons that

médias qu’il leur est cependant interdit de rediffuser l’enregistrement de la déclaration. C’est cette limite à l’utilisation de l’enregistrement qui est à l’origine du présent litige.

## 2. Historique judiciaire

[3] Le 1<sup>er</sup> décembre 2008, l’appelante la Société Radio-Canada (« Radio-Canada ») présente au juge Lévesque, conjointement avec le Groupe TVA, une requête afin d’obtenir l’autorisation de diffuser l’enregistrement vidéo de la déclaration. Cette requête est rejetée : 2008 QCCS 6931 (CanLII). Le juge est d’avis que, comme les art. 8 et 8A des *Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle (2002)*, TR/2002-46, mod. TR/2005-19, art. 1 (« RPCr » ou « Règles de pratique criminelle »), interdisent la diffusion de tout enregistrement sonore des audiences, la diffusion d’un enregistrement vidéo produit en preuve devrait aussi être interdite (par. 21). Selon le juge, conclure autrement « aurait pour effet d’autoriser indirectement ce qu’il est défendu de faire directement » (par. 22). Pour ce qui est de la constitutionnalité des art. 8, 8A et 8B des Règles de pratique criminelle, le juge Lévesque s’appuie sur le jugement de la Cour d’appel du Québec dans *Société Radio-Canada c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1910, [2008] R.J.Q. 2303.

[4] Se fondant sur l’art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, Radio-Canada se pourvoit contre cette ordonnance devant notre Cour.

## 3. Questions en litige

[5] Le 29 juin 2009, la Juge en chef formule deux questions qui concernent la constitutionnalité des art. 8 et 8A RPCr au regard de l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« Charte »). Radio-Canada, la poursuite et le procureur général du Québec (« PGQ »), ainsi que Stéphan Dufour et le procureur général du Canada (« PGC »), soutiennent qu’il n’y a pas lieu de répondre à ces questions puisque, selon eux, les art. 8 et 8A RPCr ne sont pas applicables en l’espèce. Comme il sera

follow, this submission is well founded. I would therefore restate the issues as follows:

1. Do ss. 8 and 8.A RPCr prohibit the broadcasting of the statement?
2. If not, what are the rules applicable to the broadcasting of an exhibit tendered in evidence at trial?

#### 4. Analysis

[6] I will begin by considering the impact of the Rules of Criminal Practice on the broadcasting of exhibits tendered in evidence before discussing the test for determining whether a discretionary publication ban is valid.

##### 4.1 *Scope of Sections 8 and 8.A of the Rules of Criminal Practice*

[7] The relevant excerpts from ss. 8 and 8.A of the Rules of Criminal Practice read as follows:

8. . . .

. . . .

The media may nevertheless record proceedings before the court on audiotape, including any decision rendered, unless the judge orders otherwise. The broadcasting of any such recording is prohibited.

8.A Any broadcasting of a recording of a hearing is prohibited.

[8] The prohibition established in ss. 8 and 8.A RPCr applies only to the broadcasting of recordings of proceedings, that is, of sounds (including voices) heard during hearings. Exhibits are distinct from the hearings. From the moment they are tendered at trial, exhibits become part of the record of the proceedings. Because they are created independently of and prior to the proceedings at the hearing, however, they cannot be equated with those proceedings. Although the factors that proved to be applicable in the analysis of the constitutional validity of the Rules of Criminal Practice in the companion case may also be relevant to the

démontré dans les motifs qui suivent, cette prétention est bien fondée. Aussi reformulerai-je les questions en litige comme suit :

1. Les articles 8 et 8A RPCr interdisent-ils la diffusion de la déclaration?
2. Dans la négative, quelles sont les règles applicables à la diffusion d'une pièce déposée en preuve au procès?

#### 4. Analyse

[6] Je traiterai d'abord de l'incidence des Règles de pratique criminelle sur la diffusion des pièces déposées en preuve, puis du cadre d'analyse de la validité d'une ordonnance discrétionnaire de non-publication.

##### 4.1 *Portée des art. 8 et 8A des Règles de pratique criminelle*

[7] Voici les extraits pertinents des art. 8 et 8A des Règles de pratique criminelle :

8. . . .

. . . .

L'enregistrement sonore par les médias des débats et de la décision, le cas échéant, est permis, sauf interdiction du juge. La diffusion sonore d'un tel enregistrement est interdite.

8A. La diffusion de l'enregistrement d'une audience est interdite.

[8] L'interdiction de diffusion prévue aux art. 8 et 8A RPCr vise uniquement les enregistrements des débats, c'est-à-dire des sons (incluant les voix) émis lors des audiences. Les pièces possèdent une existence distincte des audiences. Dès leur dépôt au procès, les pièces font partie des débats judiciaires. Toutefois, comme leur création est indépendante des débats tenus à l'audience et antérieure à celle-ci, elles ne peuvent pas leur être assimilées. Si les facteurs qui se sont révélés applicables dans l'analyse de la validité constitutionnelle des Règles de pratique criminelle dans le dossier connexe peuvent également être pertinents dans l'analyse de la

determination of whether the appellant is entitled to broadcast the exhibits, it does not follow that those rules can serve as a basis for resolving the issue in the case at bar.

#### 4.2. *Rules Applicable to the Broadcasting of an Exhibit*

[9] The Crown and the AGQ argue that Lévesque J.'s order cannot be equated with a publication ban. They submit, as does Stéphan Dufour, that the protection of s. 2(b) of the *Charter* does not extend to the broadcasting of an exhibit such as a statement tendered in evidence. The CBC disagrees, contending that that constitutional guarantee does in fact apply to the broadcasting of the statement.

[10] Because the CBC wishes to inform its viewers of the message contained in the video recording, broadcasting that recording is clearly an expressive activity to which the protection of s. 2(b) of the *Charter* might apply (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927).

[11] Stéphan Dufour, the Crown, the AGQ and the AGC also submit that the rule applicable to the conditions for broadcasting was established in *Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary)*, [1991] 1 S.C.R. 671, and not in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442. I cannot agree with this position. Although some aspects of *Vickery* remain relevant, that case is not determinative, as the Court declined at that time to rule on whether access to exhibits was protected by the Constitution — that argument had not been raised in the courts below. In the instant case, however, the constitutional guarantee argument has been expressly raised.

[12] Access to exhibits is a corollary to the open court principle. In the absence of an applicable statutory provision, it is up to the trial judge to decide how exhibits can be used so as to ensure that the trial is orderly. This rule has been well established in our law for a very long time. As long ago as in

détermination du droit d'accès de l'appelante aux pièces, il ne s'ensuit pas que ces règles permettent de répondre au problème qui se pose en l'espèce.

#### 4.2 *Règles applicables à la diffusion d'une pièce*

[9] La poursuite et le PGQ prétendent que l'ordonnance du juge Lévesque ne saurait être assimilée à une ordonnance de non-publication. Tout comme Stéphan Dufour, ils soutiennent que la protection de l'al. 2b) de la *Charte* ne s'étend pas à la diffusion d'une pièce telle une déclaration déposée en preuve. Pour sa part, Radio-Canada avance au contraire que la diffusion de la déclaration bénéficie de cette garantie constitutionnelle.

[10] Parce que Radio-Canada veut faire connaître à son public le message qui est contenu dans l'enregistrement vidéo, sa diffusion est clairement une activité expressive susceptible de donner ouverture à la protection de l'al. 2b) de la *Charte* (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927).

[11] Par ailleurs, Stéphan Dufour, la poursuite, le PGQ et le PGC soutiennent que la règle régissant les conditions de diffusion est établie par l'arrêt *Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire)*, [1991] 1 R.C.S. 671, et non par les arrêts *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442. Je ne peux accepter cette position. Si certains aspects de l'arrêt *Vickery* conservent leur pertinence, l'arrêt n'est pas déterminant puisque, dans cette affaire, la Cour a refusé de se prononcer sur la protection constitutionnelle de l'accès aux pièces, ce moyen n'ayant pas été avancé dans les instances inférieures. Toutefois, cette garantie constitutionnelle est expressément invoquée ici.

[12] L'accès aux pièces est un corollaire du caractère public des débats et, en l'absence de disposition législative applicable, il revient au juge du procès de décider de l'usage qui peut en être fait afin d'assurer la bonne marche du procès. Cette règle est établie dans notre droit depuis fort longtemps. Déjà

*Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at p. 189, Dickson J. (as he then was) wrote:

Undoubtedly every court has a supervisory and protecting power over its own records. Access can be denied when the ends of justice would be subverted by disclosure or the judicial documents might be used for an improper purpose.

(See also P. Béliveau and M. Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (15th ed. 2008), at pp. 499-500; *R. v. Canadian Broadcasting Corporation*, 2010 ONCA 726 (CanLII); *Société Radio-Canada v. Bérubé*, [2005] R.J.Q. 1183 (Sup. Ct.); *R. v. Giroux*, 2005 CanLII 12396 (Sup. Ct.).)

[13] The analytical approach developed in *Dagenais* and *Mentuck* applies to all discretionary decisions that affect the openness of proceedings. In *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332, Iacobucci and Arbour JJ. wrote the following:

While the [*Dagenais/Mentuck*] test was developed in the context of publication bans, it is equally applicable to all discretionary actions by a trial judge to limit freedom of expression by the press during judicial proceedings. Discretion must be exercised in accordance with the *Charter*, whether it arises under the common law, as is the case with a publication ban (*Dagenais*, *supra*; *Mentuck*, *supra*); is authorized by statute, for example under s. 486(1) of the *Criminal Code* which allows the exclusion of the public from judicial proceedings in certain circumstances (*Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, *supra*, at para. 69); or under rules of court, for example, a confidentiality order (*Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [2002] 2 S.C.R. 522, 2002 SCC 41). The burden of displacing the general rule of openness lies on the party making the application: *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, at para. 71. [para. 31]

(See also *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188, at para. 7; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253, at para. 35; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R.

dans *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, p. 189, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) écrivait :

Il n'y a pas de doute qu'une cour possède le pouvoir de surveiller et de préserver ses propres dossiers. L'accès peut en être interdit lorsque leur divulgation nuirait aux fins de la justice ou si ces dossiers devaient servir à une fin irrégulière.

(Voir aussi P. Béliveau et M. Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (15<sup>e</sup> éd. 2008), p. 499-500; *R. c. Canadian Broadcasting Corporation*, 2010 ONCA 726 (CanLII); *Société Radio-Canada c. Bérubé*, [2005] R.J.Q. 1183 (C.S.); *R. c. Giroux*, 2005 CanLII 12396 (C.S.).)

[13] La grille d'analyse établie dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck* s'applique à toutes les décisions discrétionnaires touchant la publicité des débats. Dans *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332, les juges Iacobucci et Arbour écrivent que

[m]ême si le critère [*Dagenais/Mentuck*] a été élaboré dans le contexte des interdictions de publication, il s'applique également chaque fois que le juge de première instance exerce son pouvoir discrétionnaire de restreindre la liberté d'expression de la presse durant les procédures judiciaires. Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé en conformité avec la *Charte*, peu importe qu'il soit issu de la common law, comme c'est le cas pour l'interdiction de publication (*Dagenais* et *Mentuck*, précités); d'origine législative, par exemple sous le régime du par. 486(1) du *Code criminel*, lequel permet d'exclure le public des procédures judiciaires dans certains cas (*Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, précité, par. 69); ou prévu dans des règles de pratique, par exemple, dans le cas d'une ordonnance de confidentialité (*Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 R.C.S. 522, 2002 CSC 41). C'est à la partie qui présente la demande qu'incombe la charge de justifier la dérogation à la règle générale de la publicité des procédures : *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, par. 71. [par. 31]

(Voir aussi *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188, par. 7; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253, par. 35; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21,

721, at paras. 15-16; *R. v. Canadian Broadcasting Corporation*, at para. 21.)

[14] Thus, there is no need to determine whether the facts in the case at bar are analogous to those in *Dagenais* or *Mentuck*. The findings that the activity in issue is protected by s. 2(b) of the *Charter* and that the order was within the discretion of Lévesque J. will suffice. The issue must accordingly be resolved by applying the test from *Dagenais* and *Mentuck*. Requiring the judge to apply this test does not mean that it is necessary to conduct a lengthy or elaborate review of the evidence, although all the relevant facts must be considered. Nor is there anything new about trial judges being responsible for establishing conditions for access to exhibits. Judges have always been required, in exercising their discretion, to balance factors that might seem to point in opposite directions. With this in mind, the factors listed in *Vickery* remain relevant, but they must be considered in light of the framework developed in *Dagenais* and *Mentuck*.

[15] In the instant case, given that the trial judge interpreted the Rules of Criminal Practice too broadly, he failed to conduct the analysis required by *Dagenais* and *Mentuck*. If the trial were still under way, it would be appropriate to remand the case to him to decide the issue on the basis of the relevant facts. However, not only is the trial over — Mr. Dufour was acquitted — but the Court of Appeal has dismissed the Crown's appeal from that verdict since this Court took the instant case under advisement. The circumstances have therefore been altered fundamentally and the appeal as framed has become moot. Nevertheless, since this is a question of interest, I should mention a few considerations that might prove to be relevant should a motion to broadcast the statement be made even though the judicial proceedings are over.

[16] The weighing involved in the analysis required by *Vickery*, *Dagenais* and *Mentuck* is based on considerations that include the specific

[2010] 1 R.C.S. 721, par. 15-16; *R. c. Canadian Broadcasting Corporation*, par. 21.)

[14] Il n'est donc pas nécessaire de se demander si les faits de l'espèce sont assimilables à ceux des arrêts *Dagenais* ou *Mentuck*. Il suffit de constater que l'activité en cause bénéficie de la protection de l'al. 2b) de la *Charte* et d'observer que l'ordonnance relevait du pouvoir discrétionnaire du juge Lévesque. La question doit donc être décidée en fonction de l'analyse établie dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck*. L'obligation faite au juge de procéder à cette analyse ne signifie pas qu'il faille faire appel à une preuve longue ou élaborée, mais il faut tout de même que tous les faits pertinents soient examinés. La responsabilité des juges des procès d'établir les conditions d'accès aux pièces n'est d'ailleurs pas nouvelle. Dans l'exercice de leur discrétion, les juges ont, de tout temps, été appelés à mettre en équilibre des facteurs qui pouvaient être considérés comme pointant dans des directions opposées. À cet effet, les facteurs énumérés dans l'arrêt *Vickery* demeurent pertinents mais ils doivent s'insérer dans le cadre élaboré par les arrêts *Dagenais* et *Mentuck*.

[15] En l'espèce, compte tenu du fait que le juge de première instance a donné une interprétation trop large aux Règles de pratique criminelle, il ne s'est pas penché sur l'examen commandé par les arrêts *Dagenais* et *Mentuck*. Si le procès était toujours en cours, il y aurait lieu de lui retourner le dossier pour qu'il se prononce sur les faits pertinents. Toutefois, non seulement le procès est-il terminé — M. Dufour a été acquitté — mais l'appel formé par la poursuite a été rejeté pendant le délibéré du présent pourvoi. Les circonstances sont donc fondamentalement modifiées et le pourvoi tel que formé est devenu théorique. Cependant, compte tenu de l'intérêt de la question, il y a lieu de signaler quelques considérations qui peuvent s'avérer pertinentes si une requête pour diffusion de la déclaration était présentée malgré la fin du débat judiciaire.

[16] La pondération inhérente à l'examen dicté par les arrêts *Vickery*, *Dagenais* et *Mentuck* fait appel à des considérations qui tiennent compte

context of the case before the judge. How crucial this context is can be seen from the facts in the case at bar.

[17] The context of a statement made by an accused person or a suspect in the course of a police investigation is different from that of testimony given in a courtroom. A person who testifies at a hearing usually does so under compulsion of law, pursuant to a subpoena. Witnesses must, to the extent possible, be protected from any external pressure that could influence their testimony. The controlled environment of the courtroom contributes to this objective. The circumstances specific to compelled testimony do not exist in the case of an out-of-court statement. But if the person who makes the statement knows that it could end up as the lead story on the local or national television news, this could cause him or her to think carefully before deciding whether to make it. Thus, the possibility that the statement will be broadcast could have a negative effect on the search for the truth, but it could also have a salutary effect on the voluntariness of the statement and, consequently, on the administration of justice.

[18] Moreover, since an exhibit already exists when it is introduced at trial, the judge's decision can always be made at the appropriate time. It will therefore be possible for the trial judge, before making an order on an application to broadcast a statement, to weigh the factors at stake and ensure that the serenity of the hearing, trial fairness and the fair administration of justice are preserved.

[19] At the end of the trial of the person who made the statement, the judge may have to assess the impact that broadcasting the statement might have on the trial of a co-accused or on the accused personally. In his factum, Mr. Dufour argues that the impact on him of broadcasting the statement would be particularly dire because of his intellectual disability. The fact that Mr. Dufour has been acquitted and his particular vulnerability are factors that give full meaning to Dickson J.'s comment

du contexte spécifique de l'affaire dont le juge est saisi. Les faits de l'espèce font voir l'importance cruciale de ce contexte.

[17] Le contexte d'une déclaration faite par un accusé ou par un suspect au cours d'une enquête policière est différent de celui d'un témoignage en salle d'audience. En effet, la personne qui témoigne à l'audience le fait généralement sous contrainte légale — celle d'une ordonnance de comparaître. Le témoin doit, dans la mesure du possible, être protégé contre toute pression extérieure susceptible d'influencer sa déposition. L'environnement contrôlé de la salle d'audience contribue à cet objectif. Les circonstances propres au témoignage sous contrainte ne sont pas présentes dans le cas d'une déclaration hors cour. Par contre, la connaissance par l'auteur de la déclaration du fait que celle-ci fera peut-être la manchette à la télévision locale ou nationale peut favoriser sa réflexion et l'inciter à mûrir sa décision de faire une déclaration. Par conséquent, si la possibilité de voir la déclaration diffusée peut avoir un effet négatif sur la recherche de la vérité, on peut aussi constater un effet bénéfique sur le caractère volontaire de la déclaration et, par voie de conséquence, sur l'administration de la justice.

[18] En outre, comme une pièce est déjà constituée lors de sa production au procès, la décision du juge peut toujours être prise au moment opportun. Saisi d'une demande de diffusion d'une déclaration, le juge du procès pourra donc, avant de prononcer l'ordonnance, sopeser les différents facteurs en jeu et s'assurer que la sérénité des débats, l'équité du procès et une saine administration de la justice sont préservées.

[19] Lorsque le procès de la personne qui a fait la déclaration est terminé, le juge peut avoir à évaluer l'incidence de la diffusion de celle-ci sur le procès d'un coaccusé ou sur l'accusé lui-même. À cet égard, M. Dufour fait valoir dans son mémoire qu'il serait particulièrement affecté par la diffusion de la déclaration en raison de sa déficience intellectuelle. L'acquiescement de M. Dufour et sa vulnérabilité particulière sont des facteurs qui donnent tout leur sens aux propos du juge Dickson dans *MacIntyre*,



in *MacIntyre*, at pp. 186-87, that there are cases in which the protection of social values must prevail over openness. In my view, a situation requiring the protection of vulnerable individuals, especially after they have been acquitted, is one such case.

[20] For these reasons, I would dismiss the appeal, but without costs.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Canadian Broadcasting Corporation, Montréal.*

*Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen and the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Ste-Foy.*

*Solicitors for the respondent Stéphan Dufour: Boudreault Tourangeau Tremblay, Chicoutimi.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Montréal.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McCarthy Tetrault, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

p. 186-187, lorsqu'il reconnaît que la protection de valeurs sociales doit parfois avoir préséance sur la publicité des débats. La protection des personnes vulnérables et particulièrement lorsqu'elles ont été acquittées me paraît être un tel cas.

[20] Pour ces motifs, je rejeterais l'appel, mais sans dépens.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelante : Société Radio-Canada, Montréal.*

*Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine et de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Ste-Foy.*

*Procureurs de l'intimé Stéphan Dufour : Boudreault Tourangeau Tremblay, Chicoutimi.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : McCarthy Tetrault, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

**Derek Dwight Bruce** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. BRUCE**

**2011 SCC 4**

File No.: 33735.

2011: January 19; 2011: February 2.

Present: LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Reasonable verdict — Appellant challenging adequacy of evidence identifying him as assailant — Whether decision of trial judge supported by evidence.*

*Held* (Fish J. dissenting): The appeal should be dismissed.

**Statutes and Regulations Cited**

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 691(1)(a).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, O'Brien and Bielby JJ.A.), 2010 ABCA 131, 477 A.R. 208, 483 W.A.C. 208, [2010] A.J. No. 433 (QL), 2010 CarswellAlta 747, upholding the accused's conviction. Appeal dismissed, Fish J. dissenting.

*Akram Attia* and *Daryl J. Royer*, for the appellant.

*David C. Marriott, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] **LEBEL J.** — The Court is seized with an appeal as of right brought under s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, from a judgment of the Alberta Court of Appeal (2010 ABCA 131, 477 A.R. 208) rendered on April 22, 2010.

**Derek Dwight Bruce** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. BRUCE**

**2011 CSC 4**

N° du greffe : 33735.

2011 : 19 janvier; 2011 : 2 février.

Présents : Les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

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

*Droit criminel — Verdict raisonnable — Contestation par l'appellant du caractère suffisant de la preuve l'identifiant comme étant l'agresseur — La décision du juge du procès est-elle appuyée par la preuve?*

*Arrêt* (le juge Fish est dissident) : Le pourvoi est rejeté.

**Lois et règlements cités**

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 691(1)(a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, O'Brien et Bielby), 2010 ABCA 131, 477 A.R. 208, 483 W.A.C. 208, [2010] A.J. No. 433 (QL), 2010 CarswellAlta 747, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé. Pourvoi rejeté, le juge Fish est dissident.

*Akram Attia* et *Daryl J. Royer*, pour l'appellant.

*David C. Marriott, c.r.*, pour l'intimée.

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

[1] **LE JUGE LEBEL** — La Cour est saisie d'un appel formé de plein droit, en vertu de l'al. 691(1)(a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (2010 ABCA 131, 477 A.R. 208) rendu le 22 avril 2010.

A majority of the Court of Appeal dismissed an appeal from a judgment of the Alberta Provincial Court (Chrumka J.) declaring the appellant, Derek Dwight Bruce, guilty on counts of breaking and entering, committing assault causing bodily harm and possession of a weapon.

[2] I am of the view that the appeal fails. Although this appeal does not raise only issues of credibility, I agree with the majority of the Court of Appeal that the trial judge's decision was reasonable, was supported by the evidence and that he had committed no error in the application of the relevant law to the facts. For these reasons, the appeal is dismissed.

The following are the reasons delivered by

[3] FISH J. (dissenting) — With respect for those who are of a different view, I would allow the appeal and order a new trial, essentially on the ground that the decision of the trial judge rests on inferences that do not flow logically and reasonably from the evidence upon which they are made to rest, notably on the issue of identification — the only real issue in this case.

*Appeal dismissed, FISH J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Attia Reeves Tensfeldt Snow, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

La Cour d'appel a rejeté, à la majorité, l'appel d'un jugement de la Cour provinciale de l'Alberta (le juge Chrumka) déclarant l'appellant, Derek Dwight Bruce, coupable de chefs d'introduction par effraction, de voies de fait causant des lésions corporelles et de possession d'une arme.

[2] Je suis d'avis de rejeter le présent pourvoi. Bien que celui-ci ne soulève pas uniquement des questions de crédibilité, je souscris à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel selon laquelle la décision du juge de première instance était raisonnable et était étayée par la preuve, et selon laquelle ce dernier n'a commis aucune erreur dans l'application du droit pertinent aux faits. Pour ces motifs, l'appel est rejeté.

Version française des motifs rendus par

[3] LE JUGE FISH (dissident) — Avec égards pour ceux qui ont exprimé l'opinion contraire, j'accueillerais l'appel et ordonnerais la tenue d'un nouveau procès, essentiellement pour le motif que la décision du juge du procès repose sur des inférences qui ne peuvent pas logiquement et raisonnablement être tirées de la preuve sur laquelle elles sont fondées, tout particulièrement en ce qui concerne la question de l'identification — la seule véritable question en litige ici.

*Pourvoi rejeté, le juge FISH est dissident.*

*Procureurs de l'appellant : Attia Reeves Tensfeldt Snow, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

**Her Majesty The Queen in Right of the  
Province of Alberta** *Appellant*

v.

**Gilles Caron** *Respondent*

and

**Commissioner of Official Languages  
for Canada, Canadian Civil Liberties  
Association, Council of Canadians with  
Disabilities, Charter Committee on Poverty  
Issues, Poverty and Human Rights Centre,  
Women's Legal Education and Action Fund,  
Association canadienne-française de l'Alberta  
and David Asper Centre for Constitutional  
Rights** *Intervenors*

INDEXED AS: **R. v. CARON**

2011 SCC 5

File No.: 33092.

2010: April 13; 2011: February 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ALBERTA

*Courts — Jurisdiction — Interim costs — Serious constitutional issue arising in provincial court — Superior court making order for interim costs in provincial court proceeding — Whether superior court has inherent jurisdiction to grant interim costs in litigation taking place in the provincial court — If so, whether criteria for an interim costs order were met.*

*Costs — Interim costs — Whether superior court has inherent jurisdiction to grant interim costs in litigation taking place in the provincial court — If so, whether criteria for an interim costs order were met.*

**Sa Majesté la Reine du chef de la province de  
l'Alberta** *Appelante*

c.

**Gilles Caron** *Intimé*

et

**Commissaire aux langues officielles du  
Canada, Association canadienne des  
libertés civiles, Conseil des Canadiens  
avec déficiences, Comité de la Charte et  
des questions de pauvreté, Poverty and  
Human Rights Centre, Fonds d'action et  
d'éducation juridiques pour les femmes,  
Association canadienne-française de l'Alberta  
et David Asper Centre for Constitutional  
Rights** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **R. c. CARON**

2011 CSC 5

N° du greffe : 33092.

2010 : 13 avril; 2011 : 4 février.

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

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

*Tribunaux — Compétence — Provisions pour frais — Importante question constitutionnelle soulevée en cour provinciale — Ordonnance de provision pour frais rendue par la cour supérieure dans l'instance devant la cour provinciale — La cour supérieure a-t-elle la compétence inhérente nécessaire pour accorder une provision pour frais dans un litige devant la cour provinciale? — Dans l'affirmative, les conditions auxquelles est assujettie l'attribution d'une provision pour frais ont-elles été remplies?*

*Dépens — Provisions pour frais — La cour supérieure a-t-elle la compétence inhérente nécessaire pour accorder une provision pour frais dans un litige devant la cour provinciale? — Dans l'affirmative, les conditions auxquelles est assujettie l'attribution d'une provision pour frais ont-elles été remplies?*

In the course of a routine prosecution for a minor traffic offence, the accused C claimed the proceedings were a nullity because the court documents were uniquely in English. He insisted on his right to use French in “proceedings before the courts” of Alberta as guaranteed in 1886 by the *North-West Territories Act*, R.S.C. 1886, c. 50, and the *Royal Proclamation of 1869*, arguing that the province could not abrogate French language rights and that the *Alberta Languages Act*, R.S.A. 2000, c. L-6, which purported to do so, was therefore unconstitutional.

At issue in this case are interim cost orders made by the Alberta Court of Queen’s Bench — a *superior* court — to fund an accused defending the regulatory prosecution in the *provincial* court. The appellant Crown says that the superior court had no jurisdiction to make such an interim costs order and that even if it did have such jurisdiction the interim costs order was improper in any event.

C had applied to the provincial court for interim funding late in his trial after the Crown filed a “mountain” of historical evidence in reply. He established to the satisfaction of the provincial court that he was unable to finance the rebuttal evidence necessary to complete the trial. The provincial court, over the Crown’s objection, ordered the payment of C’s lawyer and his experts pursuant to s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Alberta Court of Queen’s Bench later set aside the provincial court order; this decision was not appealed. Subsequently, the Court of Queen’s Bench held that it could (and did) make a costs order itself in respect of the provincial court proceedings. This decision was upheld on further appeal. The Crown now seeks not only to have the interim funding order set aside but also repayment of monies already provided under the order of the Court of Queen’s Bench.

*Held*: The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The provincial court was confronted with a potential failure of justice once the unexpected length of the trial had exhausted C’s financial resources. By that time

Au cours d’une poursuite de routine relative à une infraction mineure au code de la route, l’accusé C a prétendu que la procédure était entachée de nullité parce que les documents de la cour étaient rédigés uniquement en anglais. Il a soutenu avec insistance qu’il avait le droit d’utiliser le français dans « les procédures devant les cours » de l’Alberta, droit qui lui est garanti depuis 1886 par l’*Acte des territoires du Nord-Ouest*, S.R.C. 1886, ch. 50, et par la *Proclamation royale de 1869*, soutenant que la province ne pouvait pas abroger les droits linguistiques de la minorité francophone et que la *Loi linguistique* de l’Alberta, R.S.A. 2000, ch. L-6, qui vise à abolir ces droits, était par conséquent inconstitutionnelle.

En l’espèce, le litige porte sur la validité d’ordonnances de provision pour frais rendues par la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta — une cour *supérieure* — pour financer la défense d’un accusé poursuivi pour une infraction réglementaire devant la cour *provinciale*. Le ministère public appelant affirme que la cour supérieure n’avait pas compétence pour rendre une ordonnance de provision pour frais et que, même si elle possédait la compétence requise, cette ordonnance était, de toute façon, irrégulière.

C a demandé à la cour provinciale une provision pour frais à une étape tardive de son procès après que le ministère public eut déposé en contre-preuve une « montagne » d’éléments de preuve historique. C a convaincu la cour provinciale qu’il était incapable d’assumer les frais de la contre-preuve nécessaire au dénouement du procès. Malgré l’objection du ministère public, la cour provinciale a ordonné le paiement des honoraires de l’avocat et des témoins experts de C en application du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par la suite, la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta a annulé l’ordonnance de la cour provinciale; aucun appel n’a été formé contre cette décision. La Cour du Banc de la Reine a subséquemment conclu aussi qu’elle pouvait elle-même accorder une provision pour frais à l’égard de la procédure devant la cour provinciale — ce qu’elle a d’ailleurs fait. Cette décision a été confirmée en appel. Le ministère public sollicite non seulement l’annulation de l’ordonnance de provision pour frais de la Cour du Banc de la Reine, mais aussi le remboursement des fonds déjà versés conformément à cette ordonnance.

*Arrêt* : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein et Cromwell : La cour provinciale se heurtait à un éventuel déni de justice une fois les ressources financières de C épuisées en raison de la durée inattendue du procès. À ce stade,

substantial trial time and costs had already been expended, including the substantial public monies provided under the Court Challenges program. The Crown insisted on pursuing the prosecution in provincial court; C insisted on his French language defence. Neither side expressed any interest in a stay of proceedings. The courts in Alberta were clearly concerned lest the Crown achieve, by pressing on with the prosecution in the provincial court, an unfair advantage over the accused in the creation of the crucial factual record on which an important constitutional issue would be determined. A decision based on an incomplete record would not have put the languages issue to rest. C's challenge was considered by the courts below to have merit and in their view it was in the interest of all Albertans that the continuation of the constitutional challenge be adequately resourced and properly dealt with.

Superior courts possess an inherent jurisdiction to render assistance to inferior courts to enable them to administer justice fully and effectively, although this assistance can be rendered only in circumstances where the inferior tribunals are powerless to act and the intervention of the superior court is essential to avoid a serious injustice in derogation of the public interest. The very plenitude of this inherent jurisdiction requires that it be exercised sparingly and with caution. That being said, the apparent novelty of the interim costs order is not fatal. Indeed, the superior court may exercise its inherent jurisdiction even in respect of matters which are regulated by statute or by rule of court, so long as it can do so without contravening any statutory provision.

The fundamental purpose (and limit) on judicial intervention is to do only what is essential to avoid a serious injustice. In this respect, the criteria formulated in *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band* and *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue) (Little Sisters (No. 2))* are helpful in determining whether the intervention of the Court of Queen's Bench is essential to enable the provincial court to "administer justice fully and effectively". These criteria are: (1) the litigation would be unable to proceed if the order were not made; (2) the claim to be adjudicated is *prima facie* meritorious; (3) the issues raised transcend the individual interest of the particular litigant, are of public importance, and have not been resolved in previous cases. The superior court must decide, with a view to all the circumstances, whether the case is sufficiently special that it would be contrary to the interests

le procès avait déjà absorbé beaucoup de temps et de dépenses, notamment la somme d'argent considérable provenant du Programme de contestation judiciaire. Le ministère public tenait à ce que la poursuite suive son cours devant la cour provinciale, et C tenait à faire valoir sa défense fondée sur ses droits linguistiques. Ni l'une ni l'autre des parties ne souhaitait une suspension d'instance. Les tribunaux de l'Alberta craignaient de toute évidence que le ministère public obtienne, en persistant à continuer la poursuite devant la cour provinciale, un avantage indu par rapport à l'accusé en ce qui concerne la constitution d'un dossier factuel crucial en vue de trancher une importante question constitutionnelle. Une décision fondée sur un dossier incomplet n'aurait pas permis de trancher la question linguistique de façon définitive. Les tribunaux d'instance inférieure ont jugé valable la contestation constitutionnelle de C et, selon eux, il était dans l'intérêt de tous les Albertains qu'elle soit suffisamment financée et fasse l'objet d'un examen plus adéquat.

Les cours supérieures possèdent le pouvoir inhérent de venir en aide aux tribunaux d'instance inférieure en vue de leur permettre d'administrer pleinement et efficacement la justice, mais elles peuvent le faire dans les seuls cas où ils n'ont pas les pouvoirs nécessaires pour intervenir et où il est essentiel de prévenir une grave injustice qui va à l'encontre de l'intérêt public. Vu son ampleur, cette compétence inhérente doit être exercée avec circonspection. Cela dit, le caractère apparemment inédit de l'ordonnance de provision pour frais ne lui est pas fatal. En effet, la cour supérieure peut exercer sa compétence inhérente même à l'égard de questions qui sont régies par une loi ou par une règle de la cour, à condition qu'elle puisse le faire sans enfreindre une disposition législative.

L'objet fondamental de l'intervention judiciaire (et du même coup sa limite) consiste à faire uniquement ce qui est nécessaire pour éviter une grave injustice. À cet égard, les conditions formulées dans *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan* et *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu) (Little Sisters (n° 2))* s'appliquent lorsqu'il s'agit de déterminer si l'intervention de la Cour du Banc de la Reine était nécessaire pour permettre à la cour provinciale d'« administrer pleinement et efficacement la justice ». Ces conditions sont les suivantes : (1) la partie qui demande une provision pour frais serait incapable d'agir en justice sans l'ordonnance; (2) la demande vaut *prima facie* d'être instruite; (3) les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts du plaideur, revêtent une importance pour le public et n'ont pas encore été tranchées. La cour supérieure doit décider, eu égard à toutes

of justice to deny the funding application, or whether it should consider other methods to facilitate the hearing of the case. The court is to consider all relevant factors that arise on the facts.

Here the provincial court was confronted with language rights litigation of major significance that after months of trial had reached the point of collapse. The intervention of the superior court was not a matter of routine. It was part of a salvage operation to avoid months of effort, costs and judicial resources from being thrown away. It would be contrary to the interest of justice if the proper resolution of this case on the merits was forfeited just because C — the putative standard bearer for Franco-Albertans in this matter — lacked the financial means to complete what he started.

The courts below made no palpable error in finding that the accused had exhausted his funds and that he had no realistic means of paying the further costs resulting from the continuance of the litigation. All other possibilities for funding had been exhausted. The Queen's Bench judge was impressed with the "responsible manner" in which C had pulled together finances for the anticipated length of trial and its unexpected continuances. C's claim had *prima facie* merit. Finally, the case is of public importance. It was an attack of *prima facie* merit on the validity of the entire *corpus* of Alberta's unilingual statute books. The public interest requires that the case be dealt with now. It is "sufficiently special" under the *Okanagan/Little Sisters* (No. 2) criteria.

*Per Abella J.*: The unique circumstances of this case appropriately attract the award of interim public interest funding based on the principles in *Okanagan* and *Little Sisters* (No. 2). It is important to note, however, that the issue of the jurisdiction of the provincial courts to award such costs was not before us. This case, therefore, should not be seen as unduly expanding the superior court's inherent jurisdiction into a broad plenary power to "assist". Instead, inherent jurisdiction should be interpreted consistently with this Court's evolving jurisprudence about the role, authority and mandate of statutory courts and tribunals. When considering the proper limits of a superior court's inherent jurisdiction on matters on which a statutory court or tribunal is seized, any such inquiry should reconcile the common

les circonstances, si l'affaire est si particulière qu'il serait contraire aux intérêts de la justice de rejeter la demande de provision pour frais, ou si elle devrait envisager d'autres moyens de faciliter l'audition de l'affaire. La cour doit tenir compte de tous les facteurs pertinents qui émanent des faits.

En l'espèce, la cour provinciale était aux prises avec un litige relatif aux droits linguistiques qui revêtait une grande importance et qui, après des mois de procès, risquait fort de ne pas aboutir. L'intervention de la cour supérieure n'était pas une intervention habituelle. Elle s'inscrivait dans une opération de sauvetage visant à éviter que des mois d'efforts ainsi que les frais engagés et les ressources judiciaires mises à contribution à ce jour soient gaspillés. Il serait contraire à l'intérêt de la justice que le litige ne soit pas tranché de façon adéquate sur le fond parce que C — le porteur étendant présumé des Franco-Albertains dans la présente affaire — ne disposait pas des ressources financières nécessaires pour terminer ce qu'il a commencé.

Les juridictions inférieures n'ont commis aucune erreur manifeste en concluant que l'accusé avait épuisé ses ressources et n'avait pas véritablement les moyens de payer les frais supplémentaires occasionnés par la poursuite de ce litige. Toutes les autres possibilités de financement avaient été épuisées. Le juge de la Cour du Banc de la Reine a été impressionné par la « façon responsable » dont C s'y est pris pour rassembler des fonds en vue de ce qui risquait d'être un long procès, ponctué de remises imprévues. La prétention de C était valable à première vue. Enfin, l'affaire revêt une importance pour le public. Elle valait *prima facie* d'être instruite en tant que contestation visant tout le corpus des textes juridiques unilingues de l'Alberta. Il est dans l'intérêt public que l'affaire soit instruite dès maintenant. Elle est « suffisamment particulière » au sens des arrêts *Okanagan* et *Little Sisters* (n° 2).

*La juge Abella* : Les circonstances exceptionnelles de la présente affaire justifient à bon droit l'octroi d'une provision pour frais dans l'intérêt public en fonction des principes établis dans *Okanagan* et *Little Sisters* (n° 2). Il importe toutefois de signaler que nous n'étions pas saisis de la question de la compétence des cours provinciales d'octroyer des provisions pour frais. Il ne faut donc pas voir le présent arrêt comme transformant de manière induite la compétence inhérente d'une cour supérieure en un plein pouvoir « d'assistance ». Il faut plutôt interpréter cette compétence inhérente conformément à l'évolution de la jurisprudence de cette Cour au sujet du rôle, du pouvoir et du mandat des cours de justice d'origine législative et des tribunaux administratifs. Lors de l'examen des limites dont devrait être

law scope of inherent jurisdiction with the implied legislative mandate of a statutory court or tribunal to control its own process to the extent necessary to prevent an injustice and accomplish its statutory objectives.

### Cases Cited

By Binnie J.

**Applied:** *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)*, 2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38; **referred to:** *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Rain* (1998), 223 A.R. 359; *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234; *R. v. Paquette*, [1990] 2 S.C.R. 1103; *R. v. Caron*, 2008 ABPC 232, 95 Alta. L.R. (4th) 307; *R. v. Caron*, 2009 ABQB 745, 23 Alta. L.R. (5th) 321, leave to appeal granted in part, 2010 ABCA 343, [2010] A.J. No. 1304 (QL); *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, and [1992] 1 S.C.R. 212; *Attorney General of Manitoba v. Forest*, [1979] 2 S.C.R. 1032; *Bilodeau v. Attorney General of Manitoba*, [1986] 1 S.C.R. 449; *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460; *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. v. Canada*, 2008 SCC 15, [2008] 1 S.C.R. 383; *Lefebvre v. Alberta* (1993), 135 A.R. 338, leave to appeal refused, [1993] 3 S.C.R. vii; *R. v. Rémillard*, 2009 MBCA 112, 249 C.C.C. (3d) 44; *R. v. Caron*, 2007 ABQB 262, 75 Alta. L.R. (4th) 287; *R. v. Marshall*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; *R. v. Peel Regional Police Service* (2000), 149 C.C.C. (3d) 356; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *R. v. Caron*, 2006 ABPC 278, 416 A.R. 63.

By Abella J.

**Referred to:** *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)*, 2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *R. v. Cunningham*, 2010

assortie la compétence inhérente d'une cour supérieure sur des questions soumises à une cour de justice d'origine législative ou à un tribunal administratif, il faut concilier la portée de cette compétence en common law et le mandat que la loi lui confie implicitement de faire respecter sa propre procédure dans la mesure nécessaire pour éviter une injustice et atteindre les objectifs fixés par la loi à son égard.

### Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

**Arrêts appliqués :** *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*, 2007 CSC 2, [2007] 1 R.C.S. 38; **arrêts mentionnés :** *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Rain* (1998), 223 A.R. 359; *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234; *R. c. Paquette*, [1990] 2 R.C.S. 1103; *R. c. Caron*, 2008 ABPC 232, 95 Alta. L.R. (4th) 307; *R. c. Caron*, 2009 ABQB 745, 2009 CarswellAlta 2189, autorisation d'appel accordée en partie, 2010 ABCA 343, [2010] A.J. No. 1303 (QL); *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, et [1992] 1 R.C.S. 212; *Procureur général du Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032; *Bilodeau c. Procureur général du Manitoba*, [1986] 1 R.C.S. 449; *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460; *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada*, 2008 CSC 15, [2008] 1 R.C.S. 383; *Lefebvre c. Alberta* (1993), 135 A.R. 338, autorisation d'appel refusée, [1993] 3 R.C.S. vii; *R. c. Rémillard*, 2009 MBCA 112, 249 C.C.C. (3d) 44; *R. c. Caron*, 2007 ABQB 262, 75 Alta. L.R. (4th) 287; *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *R. c. Peel Regional Police Service* (2000), 149 C.C.C. (3d) 356; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *R. c. Caron*, 2006 ABPC 278, 416 A.R. 63.

Citée par le juge Abella

**Arrêts mentionnés :** *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*, 2007 CSC 2, [2007] 1 R.C.S. 38; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *R. c.*



SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *Interprovincial Pipe Line Ltd. v. National Energy Board*, [1978] 1 F.C. 601; *New Brunswick Electric Power Commission v. Maritime Electric Co.*, [1985] 2 F.C. 13; *Canadian Broadcasting League v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1983] 1 F.C. 182, aff'd [1985] 1 S.C.R. 174; *Re Dow Chemical Canada Inc. and Union Gas Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 641, aff'd (1983), 42 O.R. (2d) 731; *Children's Aid Society of Huron County v. P. (C.)*, 2002 CanLII 45644; *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *R. v. Caron*, 2007 ABQB 262, 75 Alta. L.R. (4th) 287; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77.

#### Statutes and Regulations Cited

*Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, rr. 600, 601.  
*Constitution Act, 1867*, s. 133.  
*Constitution Act, 1982*, s. 45.  
*Court of Queen's Bench Act*, R.S.A. 2000, c. C-31, s. 21.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 809, 840.  
*Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2, s. 8.  
*Languages Act*, R.S.A. 2000, c. L-6.  
*North-West Territories Act*, R.S.C. 1886, c. 50, s. 110 [rep. & sub. 1891, c. 22, s. 18].  
*North-West Territories Act, 1875*, S.C. 1875, c. 49.  
*Provincial Offences Procedure Act*, R.S.A. 2000, c. P-34.  
*Royal Proclamation (1869)*.  
*Saskatchewan Act*, S.C. 1905, c. 42 [reprinted in R.S.C. 1970, App. II, No. 20], ss. 14, 16(1).

#### Authors Cited

Holdsworth, Sir William Searle. *A History of English Law*, vol. IV, 3rd ed. London: Methuen & Co., 1945.  
 Jacob, I. H. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23.  
 Macaulay, Robert W., and James L. H. Sprague. *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals*, vol. 3. Toronto: Carswell, 2004 (loose-leaf updated 2010, release 8).  
 Mason, Keith. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1983), 57 *Austl. L.J.* 449.

*Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *Interprovincial Pipe Line Ltd. c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 C.F. 601; *Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick c. Maritime Electric Co.*, [1985] 2 C.F. 13; *Ligue de la radiodiffusion canadienne c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1983] 1 C.F. 182, conf. par [1985] 1 R.C.S. 174; *Re Dow Chemical Canada Inc. and Union Gas Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 641, conf. par (1983), 42 O.R. (2d) 731; *Children's Aid Society of Huron County c. P. (C.)*, 2002 CanLII 45644; *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *R. c. Caron*, 2007 ABQB 262, 75 Alta. L.R. (4th) 287; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77.

#### Lois et règlements cités

*Acte de la Saskatchewan*, S.C. 1905, ch. 42 [reproduit S.R.C. 1970, app. II, n° 20], art. 14, 16(1).  
*Acte des territoires du Nord-Ouest*, S.R.C. 1886, ch. 50, art. 110 [abr. et rempl. 1891, ch. 22, art. 18].  
*Acte des Territoires du Nord-Ouest, 1875*, S.C. 1875, ch. 49.  
*Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, règles 600, 601.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 809, 840.  
*Court of Queen's Bench Act*, R.S.A. 2000, ch. C-31, art. 21.  
*Judicature Act*, R.S.A. 2000, ch. J-2, art. 8.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 133.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 45.  
*Loi linguistique*, R.S.A. 2000, ch. L-6.  
*Proclamation royale (1869)*.  
*Provincial Offences Procedure Act*, R.S.A. 2000, ch. P-34.

#### Doctrine citée

Holdsworth, Sir William Searle. *A History of English Law*, vol. IV, 3rd ed. London : Methuen & Co., 1945.  
 Jacob, I. H. « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23.  
 Macaulay, Robert W., and James L. H. Sprague. *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals*, vol. 3. Toronto : Carswell, 2004 (loose-leaf updated 2010, release 8).  
 Mason, Keith. « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1983), 57 *Austl. L.J.* 449.

Morgan, George Osborne, and Horace Davey. *A Treatise on Costs in Chancery*. London: Stevens, Sons, and Haynes, 1865.

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

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Hunt, Ritter and Rowbotham JJ.A.), 2009 ABCA 34, 1 Alta. L.R. (5th) 199, 446 A.R. 362, [2009] 6 W.W.R. 438, 241 C.C.C. (3d) 296, 185 C.R.R. (2d) 9, 71 C.P.C. (6th) 319, [2009] A.J. No. 70 (QL), 2009 CarswellAlta 94, affirming a judgment of Ouellette J., 2007 ABQB 632, 84 Alta. L.R. (4th) 146, 424 A.R. 377, [2008] 3 W.W.R. 628, [2007] A.J. No. 1162 (QL), 2007 CarswellAlta 1413. Appeal dismissed.

*Margaret Unsworth, Q.C., and Teresa Haykowsky*, for the appellant.

*Rupert Baudais*, for the respondent.

*Amélie Lavictoire* and *Kevin Shaar*, for the intervenor the Commissioner of Official Languages for Canada.

*Benjamin L. Berger*, for the intervenor the Canadian Civil Liberties Association.

Written submissions only by *Gwen Brodsky* and *Melina Buckley*, for the intervenors the Council of Canadians with Disabilities, the Charter Committee on Poverty Issues, the Poverty and Human Rights Centre and the Women's Legal Education and Action Fund.

Written submissions only by *Michel Doucet, Q.C., Mark Power* and *François Larocque*, for the intervenor Association canadienne-française de l'Alberta.

Written submissions only by *Cheryl Milne* and *Lorne Sossin*, for the intervenor the David Asper Centre for Constitutional Rights.

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

[1] BINNIE J. — This appeal raises anew the difficult issue of whether and to what extent the

Morgan, George Osborne, and Horace Davey. *A Treatise on Costs in Chancery*. London : Stevens, Sons, and Haynes, 1865.

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

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Hunt, Ritter et Rowbotham), 2009 ABCA 34, 1 Alta. L.R. (5th) 199, 446 A.R. 362, [2009] 6 W.W.R. 438, 241 C.C.C. (3d) 296, 185 C.R.R. (2d) 9, 71 C.P.C. (6th) 319, [2009] A.J. No. 71 (QL), 2009 CarswellAlta 95, qui a confirmé un jugement du juge Ouellette, 2007 ABQB 632, 84 Alta. L.R. (4th) 146, 424 A.R. 377, [2008] 3 W.W.R. 628, [2007] A.J. No. 1166 (QL), 2007 CarswellAlta 1414. Pourvoi rejeté.

*Margaret Unsworth, c.r., et Teresa Haykowsky*, pour l'appelante.

*Rupert Baudais*, pour l'intimé.

*Amélie Lavictoire* et *Kevin Shaar*, pour l'intervenant le commissaire aux langues officielles du Canada.

*Benjamin L. Berger*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Argumentation écrite seulement par *Gwen Brodsky* et *Melina Buckley*, pour les intervenants le Conseil des Canadiens avec déficiences, le Comité de la Charte et des questions de pauvreté, Poverty and Human Rights Centre et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

Argumentation écrite seulement par *Michel Doucet, c.r., Mark Power* et *François Larocque*, pour l'intervenante l'Association canadienne-française de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Cheryl Milne* et *Lorne Sossin*, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

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

[1] LE JUGE BINNIE — Le présent pourvoi soulève de nouveau l'épineuse question de savoir si et dans

courts can (or should) order funding by the state of what may broadly be described as public interest litigation. The novel twist in this case is that an interim costs order was made by the Alberta Court of Queen's Bench — a *superior* court — in favour of an accused defending a regulatory prosecution in the *provincial* court of Alberta. The appellant Crown says that the superior court had no jurisdiction to make such an interim costs order and that even if it did have such jurisdiction the interim costs order was improper in any event.

[2] The context in which this appeal arises is as follows.

[3] In the course of a routine prosecution for a minor traffic offence — a wrongful left turn — the accused, Mr. Caron, claimed the proceedings were a nullity because the court documents were uniquely in English. He insisted that he has the right to use French in “proceedings before the courts” of Alberta as guaranteed in 1886 by the *North-West Territories Act*, R.S.C. 1886, c. 50, and the *Royal Proclamation of 1869*. His position is that French language rights may not now be abrogated by the province, and that the *Alberta Languages Act*, R.S.A. 2000, c. L-6, which purported to do so, is therefore unconstitutional.

[4] The only issue before our Court at this time is two orders for interim costs made by the Court of Queen's Bench. Mr. Caron's application came late in his trial before the provincial court when, after about 18 months of on-again-off-again hearings, the Crown filed in reply what Mr. Caron's counsel described as a mountain of historical evidence. Mr. Caron — having run out of money — established to the satisfaction of the provincial court that he was unable to finance the rebuttal evidence necessary to complete the trial unless he were provided with interim costs. The provincial court made such an order. The Alberta Court of Queen's Bench, setting aside the provincial court order as being made without jurisdiction, nevertheless held that it could

quelle mesure les tribunaux peuvent (ou devraient) ordonner à l'État de financer ce que l'on peut généralement qualifier de litige d'intérêt public. L'affaire présente une dimension nouvelle en ce que la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta — une cour *supérieure* — a ordonné le versement d'une provision pour frais à un accusé poursuivi pour une infraction réglementaire devant la Cour *provinciale* de l'Alberta. Le ministère public appelant affirme que la cour supérieure n'avait pas compétence pour rendre une ordonnance de provision pour frais et que, même si elle possédait la compétence requise, cette ordonnance était, de toute façon, irrégulière.

[2] Voici le contexte du présent pourvoi.

[3] Au cours d'une poursuite de routine relative à une infraction mineure au code de la route — un virage à gauche illicite — l'accusé, M. Caron, a prétendu que la procédure était entachée de nullité parce que les documents de la cour étaient rédigés uniquement en anglais. Il a soutenu avec insistance qu'il avait le droit d'utiliser le français dans « les procédures devant les cours » de l'Alberta, droit qui lui est garanti depuis 1886 par l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*, S.R.C. 1886, ch. 50, et par la *Proclamation royale de 1869*. Selon lui, la province ne peut maintenant abroger les droits linguistiques de la minorité francophone, et la *Loi linguistique* de l'Alberta, R.S.A. 2000, ch. L-6, qui vise à abolir ces droits, est par conséquent inconstitutionnelle.

[4] Notre Cour n'est actuellement saisie que de deux ordonnances de provision pour frais de la Cour du Banc de la Reine. M. Caron a déposé sa demande de provision pour frais à une étape tardive du procès devant la Cour provinciale, au moment où, après une série d'audiences qui se sont échelonnées sur environ 18 mois, le ministère public a déposé en contre-preuve ce que l'avocat de M. Caron a qualifié de montagne d'éléments de preuve historique. M. Caron — qui n'avait plus d'argent — a convaincu la Cour provinciale qu'il était incapable d'assumer les frais de la contre-preuve, nécessaire au dénouement du procès, à moins qu'on ne lui accorde une provision pour frais. La Cour provinciale a prononcé l'ordonnance sollicitée. La Cour

(and did) make the interim costs orders itself. It is the validity of the Queen's Bench orders for interim funding of the provincial court defence that is now before us.

[5] The Crown takes the view that even though the Alberta Court of Queen's Bench identified what it regarded as an unacceptable outcome facing the provincial court in a constitutional challenge of great public significance, the *superior* court was powerless to intervene with a funding order to keep the *provincial* court proceedings on the rails. I agree that such orders must be highly exceptional and made only where the absence of public funding would work a serious injustice to the *public* interest, but I disagree with the Crown's argument that faced with this exceptional situation the Court of Queen's Bench was powerless to invoke its inherent jurisdiction to right the injustice perceived by the courts below. As to whether that discretionary jurisdiction ought to have been exercised in favour of Mr. Caron on the facts of this case, I defer to the affirmative answer given by the Alberta Court of Queen's Bench and upheld by a unanimous Court of Appeal (2009 ABCA 34, 1 Alta. L.R. (5th) 199). Those courts have primary responsibility for the administration of justice in the province and, in my view, made no legal error in the exercise of their jurisdiction. I would dismiss the appeal.

## I. Overview

[6] As a general rule, of course, it is for Parliament and the provincial legislatures to determine if and how public monies will be used to fund litigation against the Crown, but it has sometimes fallen to the courts to make such determinations. To promote trial fairness in criminal prosecutions, for

du Banc de la Reine de l'Alberta a annulé l'ordonnance de la Cour provinciale au motif qu'elle avait été rendue sans compétence, mais a néanmoins conclu qu'elle pouvait elle-même accorder une provision pour frais — ce qu'elle a d'ailleurs fait. La validité des ordonnances de la Cour du Banc de la Reine accordant des provisions pour frais pour financer la défense de M. Caron devant la Cour provinciale fait maintenant l'objet du présent pourvoi.

[5] Selon le ministère public, bien que la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta ait jugé que la Cour provinciale se heurtait à un résultat inacceptable dans le contexte d'une contestation constitutionnelle d'une grande importance pour le public, la Cour du Banc de la Reine n'avait pas compétence, en tant que cour *supérieure*, pour intervenir en prononçant une ordonnance de financement pour s'assurer que la procédure devant la Cour provinciale suive son cours. Je conviens que ces ordonnances doivent être tout à fait exceptionnelles et prononcées uniquement lorsque l'absence de fonds publics entraînerait une grave injustice pour l'intérêt *public*, mais je n'accepte pas l'argument du ministère public selon lequel la Cour du Banc de la Reine, devant cette situation exceptionnelle, ne pouvait invoquer son pouvoir inhérent de corriger l'injustice perçue par les tribunaux inférieurs. Quant à savoir si ce pouvoir discrétionnaire aurait dû être exercé en faveur de M. Caron au vu des faits de l'espèce, je m'en remets à la réponse affirmative de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta qui a été approuvée à l'unanimité par la Cour d'appel (2009 ABCA 34, 1 Alta. L.R. (5th) 199). Il incombe au premier chef à ces deux cours de répondre de l'administration de la justice dans la province et, à mon avis, elles n'ont commis aucune erreur de droit dans l'exercice de leur pouvoir. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

## I. Aperçu

[6] En règle générale, évidemment, il revient au Parlement et aux législatures provinciales de décider si, et dans quelle mesure, des fonds publics serviront à financer les poursuites engagées contre l'État, mais les tribunaux ont parfois eu à prendre ces décisions. Par exemple, pour favoriser l'équité

instance, the courts have in narrow circumstances been prepared to order a stay of proceedings unless the Crown funded an accused in whole or in part: *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.); *R. v. Rain* (1998), 223 A.R. 359 (C.A.). In the civil context, *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371, extended the class of civil cases for which public funding on an interim basis could be ordered to include “special circumstances sufficient to satisfy the court that the case is within the narrow class of cases where this extraordinary exercise of its powers is appropriate” (para. 36). *Okanagan* was based on the strong public interest in obtaining a ruling on a legal issue of exceptional importance that not only transcended the interest of the parties but also would, in the absence of public funding, have failed to proceed to a resolution, creating an injustice. In *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)*, 2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38 (“*Little Sisters (No. 2)*”), the majority affirmed that

the injustice that would arise if the application is not granted must relate both to the individual applicant and to the public at large. This means that a litigant whose case, however compelling it may be, is of interest only to the litigant will be denied an advance costs award. It does not mean, however, that every case of interest to the public will satisfy the test. [para. 39]

Neither *Okanagan* nor *Little Sisters (No. 2)* concerned an interim funding order made in respect of matters proceeding in a lower court. Nevertheless, the Alberta courts were faced here with a constitutional challenge of great importance.

[7] At issue was (and is) a fundamental aspect of the rule of law in Alberta. While the Crown argues that French language rights in that province were settled by this Court in *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234, and *R. v. Paquette*, [1990] 2 S.C.R. 1103, Mr. Caron was able to distinguish these cases to the satisfaction of the Alberta provincial court

du procès dans des poursuites criminelles, les tribunaux ont accepté, dans certains cas, de suspendre l'instance lorsque le ministère public n'a pas financé, en totalité ou en partie, la défense de l'accusé : *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.); *R. c. Rain* (1998), 223 A.R. 359 (C.A.). En matière civile, dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371, notre Cour a élargi la catégorie des causes civiles dans lesquelles on pouvait avoir recours à des provisions pour frais à même les fonds publics, notamment dans des « circonstances suffisamment spéciales pour que le tribunal soit convaincu que la cause appartient à cette catégorie restreinte de causes justifiant l'exercice exceptionnel de ses pouvoirs » (par. 36). L'arrêt *Okanagan* était fondé sur l'intérêt important du public à obtenir une décision sur une question de droit exceptionnellement importante qui non seulement transcendait l'intérêt des parties, mais qui n'aurait pu être tranchée en l'absence de fonds publics, ce qui aurait entraîné une injustice. Dans *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*, 2007 CSC 2, [2007] 1 R.C.S. 38 (« *Little Sisters (n° 2)* »), les juges majoritaires ont affirmé ce qui suit :

... l'injustice qui découlerait du rejet de la demande doit concerner à la fois le demandeur personnellement et le public en général. Cela signifie que le plaideur dont l'affaire, aussi impérieuse qu'elle puisse être, n'intéresse que lui se verra refuser la provision pour frais. Toutefois, cela ne signifie pas que toute affaire d'intérêt public satisfera à ce critère. [par. 39]

Ni *Okanagan* ni *Little Sisters (n° 2)* ne concernait l'attribution de provisions pour frais pour des instances devant une cour inférieure. Les tribunaux de l'Alberta étaient néanmoins saisis en l'espèce d'une contestation constitutionnelle d'une grande importance.

[7] La question en litige concernait (et concerne toujours) un aspect fondamental de la primauté du droit en Alberta. Bien que le ministère public fasse valoir que la question des droits linguistiques de la minorité francophone dans cette province a été tranchée par notre Cour dans *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, et *R. c. Paquette*, [1990] 2 R.C.S. 1103,

(see *R. v. Caron*, 2008 ABPC 232, 95 Alta. L.R. (4th) 307). That decision on the merits was reversed by the Alberta Court of Queen's Bench in *R. v. Caron*, 2009 ABQB 745, 23 Alta. L.R. (5th) 321, but even in upholding the Crown's position the Queen's Bench declared that "the Supreme Court's decision in *Mercur*e does not answer the issue raised at trial and in this appeal" (para. 143). Mr. Caron's application for leave to appeal on the merits was granted in part by the Alberta Court of Appeal (2010 ABCA 343, [2010] A.J. No. 1304 (QL)).

[8] As stated, the Alberta *Languages Act* enacted following this Court's decision in *Mercur*e purports to abolish minority French language rights in the province. The impact of Mr. Caron's challenge, if ultimately successful, could be widespread and severe and include, according to Mr. Caron, the requirement for Alberta to re-enact most if not all of its laws in both French and English. The case, in short, has the potential (if successful) to become an Alberta replay of the *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, and [1992] 1 S.C.R. 212. This is what makes the case "sufficiently special" in terms of *Okanagan/Little Sisters* (No. 2).

[9] The courts in Alberta saw sufficient merit in Mr. Caron's legal argument to necessitate its resolution in the broader public interest. This was an outcome beyond the financial capacity of Mr. Caron and the Alberta courts were not willing to allow the issue to go unresolved for want of a champion with "deep pockets". The exercise of the superior court's inherent jurisdiction to fashion an exceptional remedy to meet highly unusual circumstances must be seen in that light.

## II. Facts

[10] On December 4, 2003, Mr. Caron was charged with the regulatory offence of failure

M. Caron est parvenu à établir, à la satisfaction de la Cour provinciale de l'Alberta, une distinction entre ces arrêts et l'espèce (voir *R. c. Caron*, 2008 ABPC 232, 95 Alta. L.R. (4th) 307). Cette décision sur le fond a été annulée par la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta dans *R. c. Caron*, 2009 ABQB 745, 2009 CarswellAlta 2189. Toutefois, même si elle a donné raison au ministère public, la Cour du Banc de la Reine a déclaré que « l'arrêt *Mercur*e de la Cour suprême ne règle pas la question qui a été soumise en première instance et dans le présent appel » (par. 143). La Cour d'appel de l'Alberta a accueilli en partie la demande d'autorisation d'appel sur le fond présentée par M. Caron (2010 ABCA 343, [2010] A.J. No. 1303 (QL)).

[8] Comme je l'ai indiqué, la *Loi linguistique* de l'Alberta, édictée à la suite de l'arrêt *Mercur*e de notre Cour, vise à abolir les droits linguistiques de la minorité francophone dans la province. La contestation de M. Caron, si elle est finalement accueillie, pourrait avoir des conséquences graves et généralisées, notamment, selon M. Caron, obliger l'Alberta à adopter à nouveau la plupart, voire la totalité, de ses lois en français et en anglais. En résumé, l'affaire pourrait (si M. Caron a gain de cause) devenir la version albertaine du *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, et [1992] 1 R.C.S. 212. C'est ce qui rend l'espèce « suffisamment particulière » au sens des arrêts *Okanagan* et *Little Sisters* (n<sup>o</sup> 2).

[9] Les tribunaux de l'Alberta ont estimé que l'argument juridique de M. Caron était suffisamment fondé pour justifier qu'il soit tranché dans l'intérêt général du public. M. Caron ne disposait pas des ressources financières nécessaires à cette fin, et les tribunaux de l'Alberta n'étaient pas disposés à permettre que la question ne soit pas réglée faute de défenseur bien nanti. L'exercice par la cour supérieure de son pouvoir inhérent d'accorder une réparation exceptionnelle afin de s'adapter à une situation extrêmement inhabituelle doit être considéré dans cette optique.

## II. Faits

[10] Le 4 décembre 2003, M. Caron a été accusé d'avoir commis une infraction réglementaire en

to make a left turn safely. If convicted, he faced a fine of \$100. Five days later, he gave notice to the provincial court that his defence would consist of a constitutional languages challenge. Indeed, Mr. Caron did not contest the facts of the offence and advised the Crown that he would be presenting evidence only on the languages question. In taking this position he followed in the well-trodden path of other minority language advocates including Georges Forest's English-only parking ticket in *Attorney General of Manitoba v. Forest*, [1979] 2 S.C.R. 1032; the unilingual traffic summons of Roger Bilodeau in Manitoba (*Bilodeau v. Attorney General of Manitoba*, [1986] 1 S.C.R. 449) and Duncan Cross MacDonald in Quebec (*MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460); the English-only trial of André Mercure in *Mercurie* and the unilingual provision of police services available to Marie-Claire Paulin in *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. v. Canada*, 2008 SCC 15, [2008] 1 S.C.R. 383. See also *Lefebvre v. Alberta* (1993), 135 A.R. 338 (C.A.), leave to appeal refused, [1993] 3 S.C.R. vii, and *R. v. Rémillard*, 2009 MBCA 112, 249 C.C.C. (3d) 44.

[11] Mr. Caron took the necessary steps to ensure payment of his costs for what his lawyers (unrealistically, it might be said) indicated could be a two- to five-day affair. These steps included mobilizing his own limited funds, seeking funding from the Alberta francophone association (Association canadienne-française de l'Alberta) (although the Association refused to fund his case, he obtained two loans of \$15,000 each from its supporters), and securing some additional donations and \$70,000 from the federal Court Challenges Program (paid in increments as the trial lengthened from month to month). He also solicited support over the Internet. Legal Aid was not available.

[12] Following presentation of the defence evidence in March 2006, the Crown requested an adjournment in order to prepare reply evidence

négligeant de faire un virage à gauche en toute sécurité. Il était passible d'une amende de 100 \$ s'il était reconnu coupable. Cinq jours plus tard, il a avisé la Cour provinciale que sa défense consisterait en une contestation constitutionnelle fondée sur ses droits linguistiques. En effet, M. Caron n'a pas contesté les faits de l'infraction et a avisé le ministère public qu'il présenterait des éléments de preuve uniquement sur la question de la langue. En adoptant cette position, il a suivi une voie souvent empruntée par d'autres défenseurs des minorités linguistiques, comme Georges Forest dans *Procureur général du Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032 (contravention de stationnement uniquement en anglais); Roger Bilodeau au Manitoba dans *Bilodeau c. Procureur général du Manitoba*, [1986] 1 R.C.S. 449, et Duncan Cross MacDonald au Québec dans *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460 (sommations unilingues pour infraction au code de la route); André Mercure dans *Mercurie* (procès uniquement en anglais); et Marie-Claire Paulin dans *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada*, 2008 CSC 15, [2008] 1 R.C.S. 383 (services de police unilingues). Voir également *Lefebvre c. Alberta* (1993), 135 A.R. 338 (C.A.), autorisation d'appel refusée, [1993] 3 R.C.S. vii, et *R. c. Rémillard*, 2009 MBCA 112, 249 C.C.C. (3d) 44.

[11] M. Caron a pris les mesures nécessaires pour couvrir sa part des frais d'un procès qui, selon ses avocats, pouvait durer de 2 à 5 jours (on peut soutenir qu'il s'agit d'une estimation irréaliste). Il a notamment mobilisé ses propres fonds, par ailleurs limités, demandé du financement auprès de l'Association canadienne-française de l'Alberta (bien que l'Association ait refusé de financer sa cause, il a obtenu deux prêts de 15 000 \$ chacun de ses sympathisants), et reçu des dons supplémentaires ainsi que 70 000 \$ du Programme de contestation judiciaire du gouvernement fédéral (versés par tranches puisque le procès se prolongeait de mois en mois). Il a également demandé de l'aide sur Internet. Il n'a pas pu avoir recours à l'aide juridique.

[12] Après la présentation de la preuve de la défense en mars 2006, le ministère public a demandé un ajournement pour préparer sa contre-preuve

from expert witnesses. Given the continuing length of the trial, Mr. Caron made a further request of the Court Challenges Program for additional funding, but the Program was abolished by the federal government on September 25, 2006, before additional funding could be considered. Subsequent requests for reconsideration by Legal Aid were also unsuccessful.

[13] The trial resumed in October 2006 to hear the Crown's expert evidence. The scale of the battle of the experts became clear, and Mr. Caron's finances left the defence unable to proceed further. The provincial court judge had denied an *Okanagan* order (2006 ABPC 278, 416 A.R. 63, at para. 160), but later ordered the Crown to pay the fees of Mr. Caron's lawyer and his experts' fees from and after that date pursuant to s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Subsequently, the Court of Queen's Bench quashed the trial judge's s. 24(1) order. However, the merits of the *Okanagan* application were not further dealt with on appeal because, in the view of the Queen's Bench judge, "the learned provincial court judge did not have jurisdiction to award *Okanagan* interim costs in any event" (*R. v. Caron*, 2007 ABQB 262, 75 Alta. L.R. (4th) 287, at para. 131). No appeal was taken from the decision to quash (which is therefore not before us) because on May 16, 2007, the superior court itself rendered an interim order that the expert fees be paid for the continuation of the trial anticipated to take place from May 22 to June 15, 2007. On October 19, 2007, it rendered an additional order requiring the Crown to pay Mr. Caron's costs for the surrebuttal component of the trial (2007 ABQB 632, 84 Alta. L.R. (4th) 146, *per* Ouellette J.).

[14] The Crown requested an adjournment, to a date after completion of the trial to argue the question of defence counsel's fees, on the agreed term that such delay would not prejudice the defence application.

provenant de témoins experts. Comme le procès se prolongeait, M. Caron a demandé du financement supplémentaire dans le cadre du Programme de contestation judiciaire, mais ce programme a été aboli par le gouvernement fédéral le 25 septembre 2006 avant qu'on ne puisse examiner sa demande. Il a subséquemment présenté des demandes d'aide juridique, qui ont également été rejetées.

[13] L'audition des témoins du ministère public a débuté en octobre 2006, à la reprise du procès. On a pu mesurer l'ampleur de la bataille des experts, et M. Caron manquait de fonds pour poursuivre l'instance. Le juge de la Cour provinciale avait refusé de rendre une ordonnance fondée sur l'arrêt *Okanagan* (2006 ABPC 278, 416 A.R. 63, par. 160), mais il a subséquemment ordonné au ministère public, en application du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de payer à partir de cette date les honoraires de l'avocat et des experts de M. Caron. Par la suite, la Cour du Banc de la Reine a annulé l'ordonnance du juge de première instance fondée sur le par. 24(1). Le bien-fondé de la demande reposant sur *Okanagan* n'a cependant pas été examiné plus à fond en appel parce que, de l'avis du juge de la Cour du Banc de la Reine, [TRADUCTION] « le juge de la cour provinciale n'avait de toute façon pas compétence pour attribuer une provision pour frais fondée sur *Okanagan* » (*R. c. Caron*, 2007 ABQB 262, 75 Alta. L.R. (4th) 287, par. 131). Aucun appel n'a été interjeté de cette décision (sur laquelle notre Cour n'est donc pas appelée à se prononcer) parce que le 16 mai 2007, la cour supérieure a elle-même ordonné que les honoraires d'experts soient payés pour la continuation du procès qui devait avoir lieu du 22 mai au 15 juin 2007. Le 19 octobre 2007, elle a également ordonné au ministère public de payer les frais que M. Caron avait engagés pour répliquer à la contre-preuve (2007 ABQB 632, [2007] A.J. No. 1166 (QL), le juge Ouellette).

[14] Le ministère public a demandé un ajournement à une date postérieure au procès pour débattre de la question des honoraires de l'avocat de la défense, étant entendu que ce délai ne porterait pas préjudice à la demande de la défense.



[15] The trial ended on June 15, 2007. The historical record was substantial. It included 12 witnesses, 8 of whom were experts, 9,164 pages of transcripts and 93 exhibits (2008 ABPC 232, [2008] A.J. No. 855 (QL), at paras. 14 and 16). As stated, the provincial court was persuaded by this record to declare the English-only prosecution a nullity.

[16] The Crown now seeks to have set aside the interim funding orders made on May 16 and October 19, 2007. It also seeks an order requiring Mr. Caron to repay about \$120,000 provided thereunder as fees and disbursements for lawyers and experts, presumably long since disbursed to the intended recipients.

### III. Issues

[17] The case raises two main issues:

1. Does the Court of Queen's Bench have inherent jurisdiction to grant an interim remedy in litigation taking place in the provincial court?
2. If so, were the criteria for an interim costs order met in this case?

### IV. Analysis

[18] The parties fundamentally disagree about what is at stake in this case. The Crown characterizes the dispute as a traffic offence which has a constitutional element, as have many criminal and quasi-criminal cases. In Mr. Caron's view the traffic offence is irrelevant except as a backdrop to his constitutional challenge. As such, he says, the ordinary rules governing costs in traffic court are irrelevant to the outcome of the appeal. The courts in Alberta essentially agreed with Mr. Caron on this point and I believe they were correct in that approach.

[15] Le procès s'est terminé le 15 juin 2007. Le dossier historique constitué en première instance est imposant. Y figuraient les témoignages de 12 témoins, dont 8 experts, 9 164 pages de transcription et 93 pièces à conviction (2008 ABPC 232, [2008] A.J. No. 855 (QL), par. 14 et 16). Comme je l'ai indiqué, ce dossier a convaincu la Cour provinciale de déclarer nulle la poursuite engagée uniquement en anglais.

[16] Le ministère public prie maintenant notre Cour d'annuler les ordonnances de provisions pour frais datées du 16 mai et du 19 octobre 2007. Il sollicite également une ordonnance obligeant M. Caron à rembourser les quelque 120 000 \$ qu'il a reçus conformément à ces ordonnances au titre des honoraires et débours des avocats et des experts, lesquels ont sans doute été versés depuis longtemps aux destinataires visés.

### III. Questions en litige

[17] L'affaire soulève principalement deux questions :

1. La Cour du Banc de la Reine a-t-elle la compétence inhérente nécessaire pour accorder une mesure corrective intérimaire dans un litige devant la Cour provinciale?
2. Dans l'affirmative, les conditions auxquelles est assujettie l'attribution d'une provision pour frais ont-elles été remplies?

### IV. Analyse

[18] Les parties divergent fondamentalement d'opinion sur la nature de l'enjeu en l'espèce. Le ministère public estime que le litige porte sur une infraction au code de la route comportant un volet constitutionnel, à l'instar de nombreuses instances criminelles et quasi criminelles. Selon M. Caron, l'infraction au code de la route sert uniquement de toile de fond de sa contestation constitutionnelle. Il affirme donc que les règles habituellement applicables en matière de dépens devant les tribunaux chargés d'instruire des procédures relatives à la circulation routière n'ont aucune incidence sur l'issue du présent pourvoi. Les tribunaux de l'Alberta ont pour l'essentiel accepté le point de vue de M. Caron à cet égard et je crois qu'ils avaient raison.

[19] This being said, the history of this litigation — with its numerous adjournments, mutual recriminations about “trial by ambush” and periodic trips to the appellate courts — demonstrates once again that a prosecution in a provincial court does not generally provide, from a procedural point of view, an efficient institutional forum to resolve this sort of major constitutional litigation: *R. v. Marshall*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220, at paras. 142-44. There is no mutuality between the prosecution and the defence in the discovery of documents or pre-trial disclosure. The procedural powers of the provincial court are limited (although, as stated in para. 13, above, the quashing of the provincial court order for costs for want of jurisdiction was not appealed and we therefore refrain from expressing any opinion on its validity). Nevertheless, Mr. Caron’s having announced his intention to use the prosecution as a springboard to launch his constitutional challenge to the validity of the *Alberta Languages Act*, the Crown persisted in the provincial court rather than seeking to have the constitutional question (as opposed to the minor driving infraction) brought before the superior court.

[20] The Crown agrees that if the language issue had been litigated in the superior court (perhaps as a direct challenge to the *Alberta Languages Act*), that court would have had jurisdiction in relation to a case pending before it to make a costs order in the terms now complained of.

[21] The provincial court was confronted with a potential failure of justice once the unexpected length of the trial had exhausted Mr. Caron’s financial resources. By that time, substantial trial time and costs had already been expended, including the substantial public monies provided under the Court Challenges Program. In mid-trial the provincial court, so to speak, had a tiger by the tail. The Crown insisted on pursuing the prosecution in

[19] Cela dit, l’historique des procédures judiciaires — les nombreux ajournements, les récriminations mutuelles concernant le « recours à des pièges » et les présences périodiques devant les cours d’appel — montre encore une fois qu’une poursuite devant une cour provinciale ne fournit généralement pas, sur le plan procédural, un cadre institutionnel efficace pour résoudre des litiges constitutionnels importants de la nature de celui en l’espèce : *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220, par. 142-144. Il n’y a aucune réciprocité entre la poursuite et la défense en ce qui a trait à la communication des documents et à la divulgation préalable au procès. Les pouvoirs de la Cour provinciale en matière de procédure sont limités (mais, comme il est mentionné au par. 13 ci-dessus, aucun appel n’a été formé contre l’annulation, pour absence de compétence, de l’ordonnance de provision pour frais rendue par la Cour provinciale, et nous nous abstenons donc d’exprimer une opinion sur la validité de cette ordonnance). Toutefois, bien que M. Caron ait exprimé son intention d’utiliser la poursuite comme tremplin de sa contestation de la validité constitutionnelle de la *Loi linguistique* de l’Alberta, le ministère public a choisi de maintenir la poursuite devant la Cour provinciale plutôt que d’évoquer la question constitutionnelle devant la cour supérieure (et non l’infraction mineure au code de la route).

[20] Le ministère public convient que, si l’on avait débattu de la question linguistique devant la cour supérieure (peut-être en contestant directement la validité de la *Loi linguistique* de l’Alberta), celle-ci aurait eu compétence pour accorder une ordonnance de provision pour frais de la nature de celle actuellement en litige.

[21] La Cour provinciale se heurtait à un éventuel déni de justice une fois les ressources financières de M. Caron épuisées en raison de la durée inattendue du procès. À ce stade, le procès avait déjà absorbé beaucoup de temps et de dépenses, notamment la somme d’argent considérable provenant du Programme de contestation judiciaire. Au milieu du procès, la Cour provinciale, pour ainsi dire, n’était plus maître de la

provincial court; Mr. Caron insisted on his French language defence. Neither side expressed any interest in a stay of proceedings.

[22] The courts in Alberta were clearly concerned lest the Crown achieve, by pressing on with the prosecution in the provincial court, an unfair advantage (“lop-sided”, Ritter J.A. called it) over the accused in the creation of the crucial factual record on which an important constitutional issue would be determined. A lopsided trial would not have put the languages issue to rest. Mr. Caron’s challenge was considered by the courts below to have merit and in their view it was in the interest of all Albertans that the challenge be properly dealt with.

[23] I should make it clear that the present decision does not constitute a general invitation for applications to fund the defence of ordinary criminal cases where constitutional (including *Charter*) issues happen to be raised. In those cases the gravamen is truly the criminal offence. Here the traffic court context is simply background to the constitutional fight. A more appropriate analogy, as will be discussed, is the *Okanagan/Little Sisters (No. 2)* paradigm for public interest funding in a civil case.

A. *Does the Inherent Jurisdiction of the Alberta Court of Queen’s Bench Extend to Making the Interim Costs Order in Respect of Proceedings in the Provincial Court?*

[24] The inherent jurisdiction of the provincial superior courts, is broadly defined as “a residual source of powers, which the court may draw upon as necessary whenever it is just or equitable to do so”: I. H. Jacob, “The Inherent Jurisdiction of the

situation. Le ministère public tenait à ce que la poursuite suive son cours devant la Cour provinciale, et M. Caron tenait à faire valoir sa défense fondée sur ses droits linguistiques. Ni l’une ni l’autre des parties ne souhaitait une suspension d’instance.

[22] Les tribunaux de l’Alberta craignaient de toute évidence que le ministère public obtienne, en persistant à continuer la poursuite devant la Cour provinciale, un avantage indu (ce que le juge Ritter a appelé « une inégalité marquée ») par rapport à l’accusé en ce qui concerne la constitution d’un dossier factuel crucial en vue de trancher une importante question constitutionnelle. Un procès marqué par l’inégalité n’aurait pas permis de trancher la question linguistique de façon définitive. Les tribunaux d’instance inférieure ont jugé valable la contestation de M. Caron et, selon eux, il était dans l’intérêt de tous les Albertains qu’elle fasse l’objet d’un examen adéquat.

[23] Je tiens à préciser que la présente affaire n’ouvre généralement pas la voie à des demandes de fonds pour financer la défense des accusés dans des affaires pénales ordinaires soulevant de façon incidente des questions constitutionnelles (y compris des questions liées à la *Charte*). Dans de tels cas, l’élément essentiel est réellement l’infraction. En l’espèce, la poursuite relative à une infraction au code de la route ne constitue que la toile de fond de la bataille constitutionnelle. Comme nous le verrons, le paradigme proposé dans *Okanagan et Little Sisters (n° 2)* en ce qui concerne le financement pour des raisons d’intérêt public dans une affaire civile constitue une meilleure analogie.

A. *La compétence inhérente de la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta s’étend-elle aux ordonnances de provisions pour frais dans une instance devant la Cour provinciale?*

[24] La compétence inhérente des cours supérieures provinciales est largement définie comme étant [TRADUCTION] « une source résiduelle de pouvoirs, à laquelle la Cour peut puiser au besoin lorsqu’il est juste ou équitable de le faire » :

Court” (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, at p. 51. These powers are derived “not from any statute or rule of law, but from the very nature of the court as a superior court of law” (Jacob, at p. 27) to enable “the judiciary to uphold, to protect and to fulfil the judicial function of administering justice according to law in a regular, orderly and effective manner” (p. 28). In equally broad language Lamer C.J., citing the Jacob analysis with approval (*MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at paras. 29-30), referred to “those powers which are essential to the administration of justice and the maintenance of the rule of law”, at para. 38. See also *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331, at para. 18, *per* Rothstein J., relying on the Jacob analysis, and *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, at paras. 29-32.

[25] One of the earliest manifestations of the superior court’s inherent jurisdiction was the appointment of counsel to represent impecunious litigants *in forma pauperis* (W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. IV (3rd ed. 1945), at p. 538, and G. O. Morgan and H. Davey, *A Treatise on Costs in Chancery* (1865), at p. 268).

[26] The Crown argues that whatever may be a superior court’s inherent jurisdiction in relation to matters pending before it, such jurisdiction cannot extend to an order of interim funding of a litigant in a matter pending in the provincial court. However, as Jacob points out, superior courts *do* possess inherent jurisdiction “to render assistance to inferior courts to enable them to administer justice fully and effectively” (p. 48). For example, superior courts have long intervened in respect of contempt not committed “in the face of” the inferior court because “the inferior courts have not the power to protect themselves” (p. 48). See, e.g., *R. v. Peel Regional Police Service* (2000), 149 C.C.C. (3d) 356 (Ont. S.C.J.), and *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901. In the same vein, Mr. Keith Mason, Q.C., a former President of the New South Wales Court of Appeal, has written in an article titled

I. H. Jacob, « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970), 23 *Curr. Legal Probs.* 23, p. 51. Ces pouvoirs émanent « non pas d’une loi ou d’une règle de droit, mais de la nature même de la cour en tant que cour supérieure de justice » (Jacob, p. 27) pour permettre « de maintenir, protéger et remplir leur fonction qui est de rendre justice, dans le respect de la loi, d’une manière régulière, ordonnée et efficace » (p. 28). S’exprimant en des termes tout aussi larges, le juge en chef Lamer qui se réfère, en l’approuvant, à l’analyse de Jacob (*MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 29-30), parle des « pouvoirs qui sont essentiels à l’administration de la justice et au maintien de la primauté du droit », par. 38. Voir également *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, le juge Rothstein, qui se réfère à l’analyse de Jacob, au par. 18, et *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, par. 29-32.

[25] Dans les premiers temps, les cours supérieures ont exercé leurs pouvoirs inhérents notamment afin de désigner un avocat pour représenter des plaideurs impecunieux *in forma pauperis* (W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. IV (3<sup>e</sup> éd. 1945), p. 538, et G. O. Morgan et H. Davey, *A Treatise on Costs in Chancery* (1865), p. 268).

[26] Le ministère public fait valoir que, quelle que soit l’étendue de la compétence inhérente conférée à une cour supérieure à l’égard d’une affaire qui lui est soumise, la compétence inhérente ne saurait s’étendre à une ordonnance de provision pour frais dans une affaire dont est saisie la Cour provinciale. Toutefois, comme le souligne Jacob, les cours supérieures possèdent *effectivement* le pouvoir inhérent de [TRADUCTION] « venir en aide aux tribunaux d’instance inférieure en vue de leur permettre de s’acquitter intégralement et efficacement de leur mandat d’administrer la justice » (p. 48). À titre d’exemple, les cours supérieures interviennent depuis longtemps dans les cas d’outrage au tribunal qui ne sont pas commis « devant » un tribunal d’instance inférieure parce que « les tribunaux d’instance inférieure ne possèdent pas les pouvoirs nécessaires pour assurer leur propre protection » (p. 48). Voir notamment *R. c. Peel Regional Police*

“The Inherent Jurisdiction of the Court” (1983), 57 *Austl. L.J.* 449, that

[i]t is not surprising that a general concern with the “due administration of justice” has been invoked to justify the Supreme Court creating or enforcing procedural rights applicable to other courts and tribunals. Such helpful intervention has been offered where the other body has been considered powerless to act or where undue expense or delay might be caused if parties were forced to resort to it.

Many of the more recent developments of administrative law can be related to the assumption by superior courts of a general inherent jurisdiction to use their process in aid of the proper administration of justice. [Emphasis added; p. 456.]

The Mason article was also cited with approval by Lamer C.J. in *MacMillan Bloedel* (para. 33).

[27] Canadian courts have, from time to time, exercised their inherent jurisdiction to render assistance to inferior courts as circumstances required. Novelty has not been treated as a barrier to necessary action. In the *Peel Regional Police* case, the superior court cited the Regional Police Service and the Police Services Board for contempt based on repeated delays in transferring prisoners to court rooms for hearings. This caused days of court time to be lost and inconvenienced lawyers, witnesses, and members of the public (paras. 20-28). The delays were said to undermine the rule of law. Citing *MacMillan Bloedel*, the court explained the basis for its action:

*Service* (2000), 149 C.C.C. (3d) 356 (C.S.J. Ont.), et *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901. Dans le même ordre d'idées, M. Keith Mason, c.r., un ancien président de la Cour d'appel de la Nouvelle-Galles du Sud, a écrit ce qui suit dans un article intitulé « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1983), 57 *Austl. L.J.* 449 :

[TRADUCTION] Il n'est pas surprenant que le souci général de veiller à la « bonne administration de la justice » ait été invoqué pour justifier que la Cour suprême crée ou fasse respecter des droits procéduraux susceptibles d'être exercés devant d'autres tribunaux. Une intervention en ce sens a été permise lorsque l'autre instance décisionnelle a été jugée dépourvue des pouvoirs nécessaires pour intervenir ou lorsque le fait de forcer les parties de s'adresser à celle-ci entraînerait des coûts ou des délais indus.

Plusieurs des changements les plus récents en droit administratif ont un lien avec la compétence générale inhérente que s'attribuent les cours supérieures de recourir à leurs procédures pour contribuer à la bonne administration de la justice. [Je souligne; p. 456.]

L'article de Mason a aussi été cité avec approbation par le juge en chef Lamer dans *MacMillan Bloedel* (par. 33).

[27] Il est arrivé aux cours de justice canadiennes d'exercer leur compétence inhérente pour venir en aide aux tribunaux d'instance inférieure lorsque les circonstances s'y prêtaient. Le caractère inédit d'une situation n'a pas empêché les cours supérieures de prendre les mesures qui s'imposaient. Dans l'affaire *Peel Regional Police*, la Cour supérieure de justice a assigné le corps de police régional et la commission de police pour outrage au tribunal en raison des nombreux retards dans le transfert des détenus aux salles d'audience. Des journées entières d'audience avaient été perdues en raison de cette situation qui avait aussi causé des inconvénients aux avocats, aux témoins et aux membres du public (par. 20-28). La Cour supérieure a estimé que les retards sapient la primauté du droit. Se référant à *MacMillan Bloedel*, elle explique ainsi les raisons ayant motivé son intervention :

This court acted in order to terminate the systemic delays in the timely delivery of prisoners to courtrooms throughout the Peel Courthouse. The court was desirous of averting a multiplicity of coercive proceedings. As well, the superior court was conscious of its duty to assist provincially created courts to restore the paramountcy of the rule of law . . . . [Emphasis added; para. 68.]

[28] In *United Nurses of Alberta*, this Court upheld a criminal contempt order made by the superior court against a union that defied a ruling issued by the province's Labour Relations Board. The superior court relied on its inherent jurisdiction to come to the aid of the tribunal.

[29] While contempt proceedings are the best known form of "assistance to inferior courts", the inherent jurisdiction of the superior court is not so limited. Other examples include "the issue of a subpoena to attend and give evidence; and to exercise general superintendence over the proceedings of inferior courts, e.g., to admit to bail" (Jacob, at pp. 48-49). In summary, Jacob states, "The inherent jurisdiction of the court may be invoked in an apparently inexhaustible variety of circumstances and may be exercised in different ways" (p. 23 (emphasis added)). I agree with this analysis. A "categories" approach is not appropriate.

[30] Of course the very plenitude of this inherent jurisdiction requires that it be exercised sparingly and with caution. In the case of inferior tribunals, the superior court may render "assistance" (not meddle), but only in circumstances where the inferior tribunals are powerless to act and it is essential to avoid an injustice that action be taken. This requirement is consistent with the "sufficiently special" circumstances required for interim costs orders by *Little Sisters (No. 2)*, at para. 37, as will be discussed.

[31] Accordingly, I would not accept the argument that the apparent novelty of the interim costs

[TRADUCTION] La Cour est intervenue afin de mettre un terme aux retards qui surviennent systématiquement lorsque les détenus sont amenés dans les salles d'audience du Palais de justice de Peel. La Cour souhaitait prévenir la multiplicité des procédures coercitives. De plus, la cour supérieure était consciente du devoir qui lui incombait de venir en aide aux cours provinciales pour rétablir la primauté du droit . . . [Je souligne; par. 68.]

[28] Dans *United Nurses of Alberta*, notre Cour a maintenu une condamnation pour outrage criminel rendue par la cour supérieure contre un syndicat qui avait désobéi à une ordonnance de la commission des relations de travail de la province. La cour supérieure s'est appuyée sur sa compétence inhérente pour venir en aide au tribunal administratif.

[29] Bien que la procédure pour outrage soit le moyen le mieux connu pour venir [TRADUCTION] « en aide aux tribunaux d'instance inférieure », la compétence inhérente de la cour supérieure ne se limite pas à ce moyen. D'autres exemples comprennent « l'assignation à comparaître et l'exercice du pouvoir général de surveillance sur les procédures des cours d'instance inférieure, notamment la mise en liberté sous caution » (Jacob, p. 48-49). En bref, Jacob dit ce qui suit : « La compétence inhérente de la cour peut être invoquée dans un nombre apparemment infini de circonstances et peut être exercée de différentes façons » (p. 23 (je souligne)). Je souscris à cette analyse. Il n'est pas opportun d'adopter une approche fondée sur des « catégories ».

[30] Bien sûr, vu son ampleur, la compétence inhérente doit être exercée avec circonspection. Lorsque des tribunaux d'instance inférieure sont visés, la cour supérieure peut leur venir en « aide » (sans s'ingérer) et intervenir dans les seuls cas où ils n'ont pas les pouvoirs nécessaires pour intervenir et où il est essentiel de prévenir une injustice. Comme nous le verrons plus loin, cette exigence est compatible avec le critère des circonstances « suffisamment particulières » appliqué en matière d'ordonnances de provision pour frais dans *Little Sisters (n° 2)*, par. 37.

[31] Je suis donc d'avis de rejeter l'argument voulant que l'ordonnance de provision pour frais

order in this case is, on account of its novelty, beyond the inherent jurisdiction of the Court of Queen's Bench.

[32] The Crown argues that even if the making of such an interim costs order could *in theory* fall within the inherent jurisdiction of the superior court, such jurisdiction has been taken away by statutory costs provisions. In this respect the Crown relies on the *Provincial Offences Procedure Act*, R.S.A. 2000, c. P-34, and the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 809 and 840, which provides for example \$4 a day for witnesses. The Crown argues that while not expressly limited, the inherent jurisdiction of the Court of Queen's Bench is *implicitly* ousted by these enactments. However on this point, as well, the Jacob analysis is helpful:

. . . the court may exercise its inherent jurisdiction even in respect of matters which are regulated by statute or by rule of court, so long as it can do so without contravening any statutory provision. [Emphasis added; p. 24.]

I agree with Jacob on this point as well.

[33] The Crown's premise here and elsewhere in its argument is that this case is an ordinary "garden variety" regulatory proceeding of the sort to which these provincial court costs provisions were intended to apply, a premise which I cannot accept. The provincial court was confronted with language rights litigation of major significance that after months of trial had reached the point of collapse. The intervention of the superior court was not a matter of routine. It was part of a salvage operation to avoid months of effort, costs and judicial resources from being thrown away.

[34] The Crown also relies on various statutes dealing with costs in matters pending before the Court of Queen's Bench itself, including the *Court*

outrépasse la compétence inhérente de la Cour du Banc de la Reine en raison du caractère inédit qu'elle revêt en l'espèce.

[32] Le ministère public soutient que, même s'il est possible *en théorie* qu'une ordonnance de provision pour frais relève de la compétence inhérente de la cour supérieure, l'adoption de dispositions législatives en matière de dépens a eu pour effet de lui retirer ce pouvoir. À cet égard, le ministère public s'appuie sur la *Provincial Offences Procedure Act*, R.S.A. 2000, ch. P-34, et le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 809 et 840, qui prévoient notamment le versement de 4 \$ aux témoins pour chaque jour de présence au procès. Le ministère public soutient que si ces dispositions ne limitent pas expressément la compétence inhérente de la Cour du Banc de la Reine, elles l'écartent *implicitement*. Toutefois, sur ce point également, il est utile de se reporter à l'analyse de Jacob :

[TRADUCTION] . . . la cour peut exercer sa compétence inhérente même à l'égard de questions qui sont régies par une loi ou par une règle de la cour, à condition qu'elle puisse le faire sans enfreindre une disposition législative. [Je souligne; p. 24.]

Je suis d'accord avec Jacob sur ce point également.

[33] Cet argument et d'autres aspects de l'argumentation du ministère public supposent qu'il s'agit d'une procédure relative à une infraction réglementaire banale, du genre de celles qui sont censées être visées par les dispositions susmentionnées applicables à la Cour provinciale en matière de dépens. Il s'agit d'une prémisse que je ne puis accepter. La Cour provinciale était aux prises avec un litige relatif aux droits linguistiques qui revêtait une grande importance et qui, après des mois de procès, risquait fort de ne pas aboutir. L'intervention de la cour supérieure n'était pas une intervention habituelle. Elle s'inscrivait dans une opération de sauvetage visant à éviter que des mois d'efforts ainsi que les frais engagés et les ressources judiciaires mises à contribution à ce jour soient gaspillés.

[34] Le ministère public s'appuie également sur diverses lois traitant de l'attribution des dépens dans des affaires soumises à la Cour du Banc de la Reine

of *Queen's Bench Act*, R.S.A. 2000, c. C-31, s. 21, the *Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2, s. 8, and the *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, rr. 600 and 601. Certainly these enactments authorize the award of costs in various circumstances, but words of authorization in this connection should not be read as words limiting the court's inherent jurisdiction to do what is essential "to fulfil the judicial function of administering justice according to law in a regular, orderly and effective manner" (Jacob, at p. 28). It would be contrary to all authority to draw a negative inference against the inherent jurisdiction of the superior court based on "implication" and conjecture about legislative intent: *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437.

[35] I am satisfied that the supervisory jurisdiction of the superior courts over the provincial courts in Alberta includes the power to order interim funding before an inferior tribunal where it is "essential to the administration of justice and the maintenance of the rule of law" (*MacMillan Bloedel*, at para. 38 (emphasis added)). It remains to determine, of course, the conditions under which such jurisdiction should be exercised in the present case. In my view, the *Okanagan/Little Sisters* (No. 2) criteria are helpful to this delineation.

#### B. *Criteria for the Grant of a Public Interest Funding Order*

[36] Although Mr. Caron seeks what he calls an *Okanagan* order, the Crown points out that there are many distinctions between that case and the one before us. *Okanagan* was a civil case. The fight here arose in the context of a quasi-criminal proceeding and, generally speaking, as the Crown emphasizes, the costs regimes in civil and criminal cases are very different. Secondly, *Okanagan* did not involve the exercise of the court's inherent jurisdiction, but addressed the equitable exercise of a statutory costs authority. Thirdly, the original *Okanagan* order was made in relation to proceedings before the court that ordered the funding,

elle-même, y compris la *Court of Queen's Bench Act*, R.S.A. 2000, ch. C-31, art. 21, la *Judicature Act*, R.S.A. 2000, ch. J-2, art. 8, et les *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, règles 600 et 601. Ces dispositions autorisent certainement l'attribution de dépens dans diverses circonstances, mais un texte autorisant ces mesures ne devrait pas être interprété comme limitant la compétence inhérente de la cour de faire ce qui est nécessaire pour [TRADUCTION] « remplir sa fonction qui est de rendre justice, dans le respect de la loi, d'une manière régulière, ordonnée et efficace » (Jacob, p. 28). Il serait contraire à la jurisprudence et à la doctrine de tirer, à partir d'une « déduction » ou de conjectures quant à l'intention du législateur, une inférence négative écartant la compétence inhérente de la cour supérieure : *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437.

[35] J'estime que le rôle de surveillance des cours supérieures vis-à-vis des cours provinciales en Alberta englobe le pouvoir d'accorder une provision pour frais devant un tribunal d'instance inférieure lorsqu'il s'agit d'une mesure « essentiel[le] à l'administration de la justice et au maintien de la primauté du droit » (*MacMillan Bloedel*, par. 38 (je souligne)). Bien entendu, il reste à établir les conditions de l'exercice de cette compétence en l'espèce. À mon avis, les conditions fixées dans *Okanagan et Little Sisters* (n° 2) sont utiles à cette fin.

#### B. *Conditions relatives à l'octroi d'une ordonnance de provision pour frais pour des raisons d'intérêt public*

[36] Bien que M. Caron cherche à obtenir ce qu'il appelle une ordonnance fondée sur l'arrêt *Okanagan*, le ministère public fait observer que cette affaire se distingue à bien des égards de la présente espèce. *Okanagan* était une affaire civile alors qu'en l'espèce, une procédure quasi criminelle est à l'origine du litige, et de façon générale, comme le souligne le ministère public, les dépens sont régis par des règles fort différentes selon qu'il s'agit d'affaires civiles ou criminelles. Deuxièmement, l'arrêt *Okanagan* ne concernait pas l'exercice de la compétence inhérente de la cour, mais plutôt l'exercice, en *equity*, d'un pouvoir conféré par la



namely the superior court of British Columbia. It dealt with an award of advance costs to a plaintiff, not an accused. The same distinctions apply to *Little Sisters (No. 2)*.

[37] The Crown argues that the courts cannot create an alternative legal aid scheme by judicial fiat. Nor, says the Crown, can the courts judicially reinstate the Court Challenges Program. These points are valid so far as they go, but in my opinion they do not control the outcome of the appeal.

[38] Clearly, this case is not *Okanagan* where the Court viewed the funding issue from the perspective of a proposed civil trial not yet commenced. We are presented with the issue of public interest funding in a different context. Nevertheless, *Okanagan/Little Sisters (No. 2)* provide important guidance to the general paradigm of public interest funding. In those cases, as earlier emphasized in the discussion of inherent jurisdiction, the fundamental purpose (and limit) on judicial intervention is to do only what is essential to avoid an injustice.

[39] The *Okanagan* criteria governing the discretionary award of interim (or “advanced”) costs are three in number, as formulated by LeBel J., at para. 40:

1. The party seeking interim costs genuinely cannot afford to pay for the litigation, and no other realistic option exists for bringing the issues to trial — in short, the litigation would be unable to proceed if the order were not made.
2. The claim to be adjudicated is *prima facie* meritorious; that is, the claim is at least of sufficient merit that it is contrary to the interests of justice for the

loi en matière de dépens. Troisièmement, l’ordonnance initiale dans *Okanagan* visait des procédures devant la cour ayant rendu l’ordonnance de provision pour frais, soit la cour supérieure de la Colombie-Britannique. L’arrêt concernait l’octroi d’une provision pour frais à une partie demanderesse et non à un accusé. Ces observations valent tout autant à l’égard de *Little Sisters (n<sup>o</sup> 2)*.

[37] Le ministère public fait valoir que les tribunaux ne peuvent pas créer un autre régime d’aide juridique par décision judiciaire. Il ajoute que les tribunaux ne peuvent non plus réinstaurer le Programme de contestation judiciaire. Ces points sont en soi valides, mais à mon avis, ils ne dictent pas l’issue du pourvoi.

[38] Il est clair que les circonstances du présent pourvoi ne sont pas les mêmes que celles de l’arrêt *Okanagan* où notre Cour a considéré la question du financement dans le contexte d’un recours civil non encore engagé. Nous sommes saisis de la question du financement pour des raisons d’intérêt public dans une situation différente. Les arrêts *Okanagan* et *Little Sisters (n<sup>o</sup> 2)* fournissent néanmoins des indications importantes en ce qui concerne le paradigme relatif aux provisions pour frais octroyées pour des raisons d’intérêt public. Dans ces arrêts, comme il ressort de l’examen ci-dessus portant sur la compétence inhérente, l’objet fondamental de l’intervention judiciaire (et du même coup sa limite) consiste à faire uniquement ce qui est nécessaire pour éviter une injustice.

[39] Formulées par le juge LeBel au par. 40 de l’arrêt *Okanagan*, les trois conditions régissant l’octroi discrétionnaire de provisions pour frais sont les suivantes :

1. La partie qui demande une provision pour frais n’a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige et ne dispose réalistement d’aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal — bref, elle serait incapable d’agir en justice sans l’ordonnance.
2. La demande vaut *prima facie* d’être instruite, c’est-à-dire qu’elle paraît au moins suffisamment valable et, de ce fait, il serait contraire aux intérêts de

opportunity to pursue the case to be forfeited just because the litigant lacks financial means.

3. The issues raised transcend the individual interests of the particular litigant, are of public importance, and have not been resolved in previous cases.

Even where these criteria are met there is no “right” to a funding order. As stated by Bastarache and LeBel JJ. for the majority in *Little Sisters (No. 2)*:

In analysing these requirements, the court must decide, with a view to all the circumstances, whether the case is sufficiently special that it would be contrary to the interests of justice to deny the advance costs application, or whether it should consider other methods to facilitate the hearing of the case. The discretion enjoyed by the court affords it an opportunity to consider all relevant factors that arise on the facts. [Emphasis added; para. 37.]

While these criteria were formulated in the very different circumstances of *Okanagan* and *Little Sisters (No. 2)*, in my opinion they apply as well to help determine whether the costs intervention of the Court of Queen’s Bench was essential to enable the provincial court to “administer justice fully and effectively”, and may therefore be said to fall within the superior court’s inherent jurisdiction.

C. *Application of the Public Funding Criteria to the Present Case*

[40] The courts below addressed each of the above criteria.

(1) Impecunious Litigant

[41] As to Mr. Caron’s financial circumstances, the superior court judge concluded that, while he was willing to expend (and had expended) his own and borrowed money (as well as funding from the Court Challenges Program) to the limit, Mr. Caron’s resources had been exhausted by the time the applications for the orders in issue were made. He could not finance the last leg of his protracted trial. The Crown argues that Mr. Caron

la justice que le plaideur renonce à agir en justice parce qu’il n’en a pas les moyens financiers.

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

Même le respect de ces trois conditions ne confère pas le « droit » d’obtenir une provision pour frais. Comme l’ont dit les juges Bastarache et LeBel, au nom de la majorité, dans *Little Sisters (n° 2)* :

En analysant ces conditions, le tribunal doit décider, eu égard à toutes les circonstances, si l’affaire est si particulière qu’il serait contraire aux intérêts de la justice de rejeter la demande de provision pour frais, ou s’il devrait envisager d’autres moyens de faciliter l’audition de l’affaire. Le pouvoir discrétionnaire du tribunal lui permet de tenir compte de tous les facteurs pertinents qui émanent des faits. [Je souligne; par. 37.]

Bien que ces conditions aient été énoncées dans le contexte fort différent des arrêts *Okanagan* et *Little Sisters (n° 2)*, je suis d’avis qu’elles s’appliquent aussi lorsqu’il s’agit de décider si l’ordonnance de provision pour frais de la Cour du Banc de la Reine était nécessaire pour permettre à la cour provinciale de [TRADUCTION] « s’acquitter intégralement et efficacement de son mandat d’administrer la justice », et si, en conséquence, la cour supérieure avait le pouvoir inhérent d’intervenir comme elle l’a fait.

C. *Application aux faits de l’espèce du critère relatif à la provision pour frais octroyée pour des raisons d’intérêt public*

[40] Les juridictions inférieures ont appliqué chacune des conditions susmentionnées.

(1) Plaideur impecunieux

[41] En ce qui concerne la situation financière de M. Caron, le juge de la cour supérieure a conclu que, bien qu’il ait été prêt à dépenser, jusqu’à la limite, ses fonds personnels et les sommes qu’il avait empruntées (ainsi que l’argent provenant du Programme de contestation judiciaire) — ce qu’il a d’ailleurs fait —, M. Caron avait épuisé ses ressources au moment où il a présenté ses demandes de provision pour frais. Il n’était pas en mesure de financer la dernière étape

ought to have pursued a more aggressive fundraising campaign, particularly within Alberta's francophone community. The Queen's Bench judge, on the contrary, was impressed with the "responsible manner" in which Mr. Caron had pulled together finances for the anticipated length of trial and its unexpected continuances. However, as the scope of the expert evidence continued to expand, it was not "realistically possible" for him to launch a formal fundraising campaign given the trial schedule and its demands (2007 ABQB 632, [2007] A.J. No. 1162 (QL), at para. 30). The Queen's Bench judge declared himself "satisfied that Mr. Caron has no realistic means of paying the fees resulting from this litigation, and that all other possibilities for funding have been canvassed, but in vain" (para. 31). The Crown's objection on this point was not accepted in the courts below and those courts made no palpable error in reaching the conclusion they did.

## (2) *Prima Facie Meritorious Case*

[42] The order for interim costs in this case did not prejudice the outcome. Mr. Caron, however, persuaded the Alberta courts that his challenge differs from *Mercure*, *Paquette*, and *Lefebvre*. In *Mercure*, it will be recalled, minority language rights on the prairies were addressed in terms of the *North-West Territories Act, 1875*, S.C. 1875, c. 49. The key provision, which is essentially the same as s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, was reproduced in the 1886 consolidation as s. 110 (rep. & sub. 1891, c. 22, s. 18):

**110.** Either the English or the French language may be used by any person in the debates of the Legislative Assembly of the Territories and in the proceedings before the courts; and both those languages shall be used in the records and journals of such Assembly; and all ordinances made under this Act shall be printed in both those languages: Provided, however, that after the next general election of the Legislative Assembly, such Assembly may, by ordinance or otherwise, regulate its proceedings, and the manner of recording and

de son long procès. Le ministère public soutient que M. Caron aurait dû faire une campagne de financement plus musclée, particulièrement au sein de la communauté francophone de l'Alberta. Le juge de la Cour du Banc de la Reine a au contraire été impressionné par la « façon responsable » dont M. Caron s'y est pris pour rassembler des fonds en vue de ce qui risquait d'être un long procès, ponctué de remises imprévues. Toutefois, au fur et à mesure que la preuve d'expert a pris de l'ampleur, une collecte de fonds officielle n'était plus « vraiment possible » étant donné l'échéancier et les exigences du procès (2007 ABQB 632, [2007] A.J. No. 1166 (QL), par. 30). Le juge de la Cour du Banc de la Reine s'est dit « satisfait que M. Caron n'[avait] véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par ce litige et que toutes autres possibilités de financement [avaient] été étudiées, mais en vain » (par. 31). L'objection du ministère public à cet égard n'a pas été acceptée par les juridictions inférieures, et ces dernières n'ont commis aucune erreur manifeste en concluant comme elles l'ont fait.

## (2) *L'affaire vaut prima facie d'être instruite*

[42] L'ordonnance de provision pour frais en l'espèce ne préjugait pas de l'issue du litige. M. Caron a toutefois convaincu les tribunaux albertains que sa contestation était différente des contestations soulevées dans *Mercure*, *Paquette* et *Lefebvre*. On se souviendra que, dans *Mercure*, les droits linguistiques des minorités des Prairies étaient visés par l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest, 1875*, S.C. 1875, ch. 49. La disposition clé, qui est pour ainsi dire identique à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, figure dans la codification de 1886 où elle est devenue l'art. 110 (abr. et rempl. par 1891, ch. 22, art. 18) :

**110.** Toute personne pourra faire usage soit de la langue anglaise, soit de la langue française, dans les débats de l'Assemblée législative des territoires, ainsi que dans les procédures devant les cours de justice; et ces deux langues seront employées pour la rédaction des procès-verbaux et journaux de l'Assemblée; et toutes les ordonnances rendues sous l'empire du présent acte seront imprimées dans ces deux langues; néanmoins, après la prochaine élection générale de l'Assemblée législative, cette Assemblée pourra, par ordonnance ou

publishing the same; and the regulations so made shall be embodied in a proclamation which shall be forthwith made and published by the Lieutenant Governor in conformity with the law, and thereafter shall have full force and effect.

*Mercur* itself held that in Saskatchewan this provision was subject to repeal by virtue both of ss. 14 and 16(1) of the *Saskatchewan Act* and s. 45 of the *Constitution Act, 1982* (p. 271).

[43] Mr. Caron's contention is that the *Mercur* case did not consider much of the relevant historical evidence including, in particular, the *Royal Proclamation* of December 6, 1869, annexing to Canada what was then the North-West Territories, whose effect was characterized by the provincial court judge as follows:

[TRANSLATION] I therefore believe that the proclamation had to be constitutional to appease the Métis by giving them greater certainty. A political guarantee can be cancelled more easily than a constitutional guarantee. . . . In my opinion, in light of the historical context, the proclamation is a constitutional document. This means that "all your civil . . . rights" mentioned in the proclamation are protected by the Constitution. As I held above, relying on the historical evidence, the expression "civil rights" was broad enough to include language rights, which means that the same protection applies to language rights.

(2008 ABPC 232, 95 Alta. L.R. (4th) 307, at para. 561)

Whether or not this view of the 1869 Proclamation survives final appellate consideration is not, of course, the issue. All the courts below recognized that there was *prima facie* merit to Mr. Caron's claim (*R. v. Caron*, 2006 ABPC 278, 416 A.R. 63, at para. 149; 2007 ABQB 632, 84 Alta. L.R. (4th) 146, at paras. 32-36 and 40; 2009 ABCA 34, 1 Alta. L.R. (5th) 199, at paras. 58-61). It would, in the words of *Okanagan*, be contrary to the interest of justice if the proper resolution of this case on the merits was forfeited just because Mr. Caron — the putative standard bearer for Franco-Albertans in

autrement, régler ses délibérations et la manière d'en tenir procès-verbal et de les publier; et les règlements ainsi faits seront incorporés dans une proclamation qui sera immédiatement promulguée et publiée par le lieutenant-gouverneur en conformité de la loi, et ils auront ensuite plein effet et vigueur.

Dans l'arrêt *Mercur* lui-même, notre Cour a statué qu'en Saskatchewan, cette disposition pouvait être abrogée en vertu de l'art. 14 et du par. 16(1) de la *Loi sur la Saskatchewan* et de l'art. 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (p. 271).

[43] M. Caron soutient qu'une large part de la preuve historique pertinente n'a pas été examinée dans *Mercur*, y compris, notamment, la *Proclamation royale* du 6 décembre 1869, par laquelle les territoires alors appelés les Territoires du Nord-Ouest ont été annexés au Canada, et qui, selon le juge de la Cour provinciale, a eu l'effet suivant :

En conséquence, à mon avis, il était nécessaire que la proclamation soit constitutionnelle pour apaiser les Métis, en leur donnant plus de certitude. Une garantie politique peut être annulée plus facilement qu'une garantie constitutionnelle. [ . . . ] Selon moi, étant donné le contexte historique, la proclamation est un document constitutionnel. Par conséquent, « *all your civil* [ . . . ] *rights* » mentionnés dans la proclamation bénéficient d'une protection constitutionnelle. J'ai déjà statué que, en se fondant sur la preuve historique, « *civil rights* » était une expression assez large pour comprendre les droits linguistiques, donc les droits linguistiques jouissent de la même protection.

(2008 ABPC 232, 95 Alta. L.R. (4th) 307, par. 561)

Bien sûr, il ne s'agit pas en l'espèce de savoir si ce point de vue sur la Proclamation de 1869 sera ultimement maintenu, une fois les appels épuisés. Tous les tribunaux d'instance inférieure ont reconnu que la prétention de M. Caron était valable à première vue (*R. c. Caron*, 2006 ABPC 278, 416 A.R. 63, par. 149; 2007 ABQB 632, [2007] A.J. No. 1166 (QL), par. 32-36 et 40; 2009 ABCA 34, [2009] A.J. No. 71 (QL), par. 58-61). Il serait, suivant l'arrêt *Okanagan*, contraire à l'intérêt de la justice que le litige ne soit pas tranché de façon adéquate sur le fond parce que M. Caron — le porte-étendard présumé des

this matter — lacked the financial means to complete what he started.

### (3) Public Importance

[44] The public importance aspect of the *Okanagan* test has three elements, namely that “[t]he issues raised transcend the individual interests of the particular litigant, are of public importance, and have not been resolved in previous cases” (para. 40). Not every constitutional case meets these criteria, as it could not be said in each and every case that it is “sufficiently special that it would be contrary to the interests of justice to deny the advance costs application” (*Little Sisters (No. 2)*, para. 37). What is “sufficiently special” about this case is that it constitutes an attack of *prima facie* merit (as that term is used in *Okanagan*) on the validity of the entire corpus of Alberta’s unilingual statute books. The impact on Alberta legislation, if Mr. Caron were to succeed, could be extremely serious and the resulting problems ought, if it becomes necessary to do so, to be addressed as quickly as possible. A lopsided contest in which the challenger, by reason of impecuniosity, had to abandon his defence in the midstream of the trial would not lay the issue to rest. The result of Mr. Caron’s collapse at the final stage of the trial would simply be that the costs and judicial resources already expended on resolving this issue by the public, as well as by Mr. Caron, would be thrown away.

[45] The injury created by continuing uncertainty about French language rights in Alberta transcends Mr. Caron’s particular situation and risks injury to the broader Alberta public interest. The Alberta courts have taken the view that the status and effect of the 1869 Proclamation was not fully dealt with in the previous litigation. It is in the public interest that it be dealt with now. This makes the case “sufficiently special” under the *Okanagan/Little Sisters (No. 2)* criteria, in my opinion.

Franco-Albertains dans la présente affaire — ne disposait pas des ressources financières nécessaires pour terminer ce qu’il a commencé.

### (3) L’importance pour le public

[44] Suivant le critère établi dans *Okanagan*, la condition relative à l’importance que le litige revêt pour le public comporte trois aspects : « [I]es questions soulevées dépassent le cadre des intérêts du plaideur, revêtent une importance pour le public et n’ont pas encore été tranchées » (par. 40). Les litiges constitutionnels ne répondent pas tous à cette condition, étant donné qu’on ne peut dire dans tous les cas que « l’affaire est si particulière qu’il serait contraire aux intérêts de la justice de rejeter la demande de provision pour frais » (*Little Sisters (n° 2)*, par. 37). Ce qui est « si particul[er] » en l’espèce, c’est que l’affaire vaut *prima facie* d’être instruite (suivant la terminologie utilisée dans *Okanagan*) en tant que contestation visant tout le corpus des textes juridiques unilingues de l’Alberta. Les répercussions d’une issue favorable à M. Caron sur la législation de l’Alberta pourraient être extrêmement graves et les difficultés qui en résulteraient devraient, si cela devenait nécessaire, être résolues sans tarder. Une contestation marquée par l’inégalité, où l’auteur de la contestation, faute de moyens financiers, aurait eu à abandonner sa défense en cours de procès laisserait irrésolue la question. L’abandon par M. Caron à la dernière étape du procès ferait simplement en sorte que les frais engagés et les ressources judiciaires mises à contribution jusqu’à présent par le public ainsi que par M. Caron pour régler cette question soient gaspillés.

[45] Le préjudice découlant de l’incertitude persistante concernant les droits linguistiques de la minorité francophone en Alberta transcende la situation particulière de M. Caron et risque de porter atteinte à l’intérêt public général des Albertains. Selon les tribunaux de l’Alberta, la question du statut et de l’effet de la Proclamation de 1869 n’a pas été entièrement réglée dans le cadre du litige précédent. Il est dans l’intérêt public que cette question soit examinée dès maintenant. À mon avis, c’est ce qui rend l’affaire « suffisamment particulière » au sens des arrêts *Okanagan* et *Little Sisters (n° 2)*.

D. *The Exercise of the Superior Court's Inherent Jurisdiction*

[46] The proper perspective from which this case is to be viewed (and was viewed by the Court of Queen's Bench) is that of the provincial court judge who was on the last lap of a complex trial, with substantial costs incurred already, and months of court time under his belt, facing the prospect that all of this cost and effort would be wasted — despite its constitutional significance — because of Mr. Caron's impecuniosity. I believe that in these very unusual circumstances it was open to the Queen's Bench judge to determine, in the exercise of his discretion, whether or not to come to the assistance of the provincial court with the interim costs order, and that such an order was, in the words of *MacMillan Bloedel*, "essential to the administration of justice and the maintenance of the rule of law" (para. 38). Although he did not use these words, they describe in my opinion the tenor of his judgment.

[47] Such funding orders, if made, "should be carefully fashioned and reviewed over the course of the proceedings to ensure that concerns about access to justice are balanced against the need to encourage the reasonable and efficient conduct of litigation, which is also one of the purposes of costs awards" (*Okanagan*, at para. 41). In the present case, the judges were working within the confines of a trial in progress. Nevertheless, the order of Ouellette J. in the Court of Queen's Bench did put a cap on allowable hours for the expert witnesses, and disallowed a payment of \$3,504.60 for a "temporary assistant". It seems that Judge Wenden in the provincial court was working with invoices not in the record before us. In his October 18, 2006 order (A.R., vol. 1, at pp. 2-13), Wenden Prov. Ct. J. clearly refused to make an *ex ante* blank cheque. On August 2, 2006, he ordered the Crown to pay Mr. Caron's already incurred (and therefore quantified) legal fees. All in all, I accept the conclusion of the Court of Appeal that the

D. *L'exercice de la compétence inhérente de la cour supérieure*

[46] En l'espèce, il convient (comme l'a d'ailleurs fait la Cour du Banc de la Reine) de se placer dans la situation du juge de la Cour provinciale qui, à la dernière étape d'un procès complexe ayant occasionné des frais substantiels et des mois d'audience, se heurtait à la possibilité que — en dépit de l'importance du litige sur le plan constitutionnel — tous les efforts déployés et les frais engagés soient gaspillés en raison du manque de ressources financières de M. Caron. J'estime que, dans ces circonstances exceptionnelles, le juge de la Cour du Banc de la Reine pouvait décider, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, s'il y avait lieu de venir en aide à la Cour provinciale en rendant une ordonnance de provision pour frais et qu'une telle ordonnance était, suivant les termes employés dans *MacMillan Bloedel*, « essentiel[le] à l'administration de la justice et au maintien de la primauté du droit » (par. 38). Bien que le juge ne se soit pas exprimé en ces termes, cet extrait reflète selon moi la teneur de son jugement.

[47] De telles ordonnances de provision pour frais, si elles sont rendues, « doivent être formulées avec soin et révisées en cours d'instance de façon à assurer l'équilibre entre les préoccupations concernant l'accès à la justice et la nécessité de favoriser le déroulement raisonnable et efficace de la poursuite, qui est également l'un des objectifs de l'attribution de dépens » (*Okanagan*, par. 41). En l'espèce, les juges étaient appelés à intervenir dans le cadre d'un procès en cours. Quoi qu'il en soit, dans son ordonnance, le juge Ouellette, de la Cour du Banc de la Reine, prévoit un nombre maximal d'heures pour les témoins experts et il a refusé le paiement d'une somme de 3 504,60 \$ pour que M. Caron ait recours aux services d'une « assistante temporaire ». Il semble que le juge Wenden, de la Cour provinciale, ait eu accès à des factures qui ne figurent pas au dossier de notre Cour. Dans son ordonnance du 18 octobre 2006 (d.a., vol. 1, p. 2-13), le juge Wenden a clairement refusé d'émettre, à l'avance, un chèque en blanc. Le 2 août 2006,

financial controls in place were adequate and met the *Okanagan* standard.

## V. Conclusion

[48] In my view, the Alberta Court of Queen's Bench possessed the inherent jurisdiction to make the funding order that it did in respect of proceedings in the provincial court. There was no error of principle in taking into consideration the *Okanagan/Little Sisters (No. 2)* criteria in the exercise of that inherent jurisdiction. On the merits, I defer to what seems to me to be the reasonable exercise of the discretion by the Queen's Bench judge. I would therefore affirm the decision of the Alberta Court of Appeal and dismiss the appeal.

[49] Although costs are not generally available in quasi-criminal proceedings (absent special circumstances such as Crown misconduct of which there is none here), this case is more in the nature of regular constitutional litigation conducted (as discussed) by an impecunious plaintiff for the benefit of the Franco-Albertan community generally. In these unusual circumstances, Mr. Caron should have his costs on a party and party basis in this Court.

The following are the reasons delivered by

[50] ABELLA J. — I agree with Binnie J. that the unique circumstances of this case appropriately attract the award of interim public interest funding based on the principles developed by this Court in *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371, and *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)*, 2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38. I am concerned, however, that the reasons may be seen to unduly expand the scope of the common

il a ordonné au ministère public de payer les frais juridiques déjà engagés (et donc chiffrés) par M. Caron. Somme toute, j'accepte la conclusion de la Cour d'appel que les contrôles financiers en place étaient adéquats et répondaient à la norme établie dans l'arrêt *Okanagan*.

## V. Conclusion

[48] J'estime que la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta possède la compétence inhérente de rendre l'ordonnance de provision pour frais qu'elle a prononcée en l'espèce relativement à une instance devant la Cour provinciale. Dans l'exercice de cette compétence inhérente, elle n'a commis aucune erreur de principe en tenant compte des critères des arrêts *Okanagan* et *Little Sisters (n° 2)*. Sur le fond, je m'en remets à ce qui me semble être l'exercice raisonnable du pouvoir discrétionnaire du juge de la Cour du Banc de la Reine. Je suis donc d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel de l'Alberta et de rejeter le pourvoi.

[49] Il n'est généralement pas possible d'obtenir les dépens dans une instance quasi criminelle (sauf dans des circonstances particulières, notamment une inculpation du ministère public, ce qui n'est pas le cas en l'espèce), mais la présente affaire constitue davantage un litige constitutionnel ordinaire qui a été engagé (comme je l'ai dit) par un plaideur impecunieux au profit de la communauté franco-albertaine dans son ensemble. Dans ces circonstances inhabituelles, M. Caron devrait avoir droit aux dépens devant cette Cour sur la base partie-partie.

Version française des motifs rendus par

[50] LA JUGE ABELLA — Je suis d'accord avec le juge Binnie pour dire que les circonstances exceptionnelles de la présente affaire justifient à bon droit l'octroi d'une provision pour frais dans l'intérêt public en fonction des principes établis par cette Cour dans *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371, et *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*, 2007 CSC 2, [2007] 1 R.C.S. 38. Je crains toutefois que les motifs du

law authority of a superior court in the exercise of its inherent jurisdiction.

[51] In particular, it is important that these reasons not be seen to encourage the undue expansion of a superior court's inherent jurisdiction into matters this Court has increasingly come to see as part of a statutory court's implied authority to do what is necessary, in the fulfilment of its mandate, to administer justice fully and effectively. (See *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 51; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575, at paras. 70 and 71 (“*Dunedin*”); *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331, at para. 19; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722. See also *Interprovincial Pipe Line Ltd. v. National Energy Board*, [1978] 1 F.C. 601 (C.A.); *New Brunswick Electric Power Commission v. Maritime Electric Co.*, [1985] 2 F.C. 13 (C.A.); *Canadian Broadcasting League v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1983] 1 F.C. 182 (C.A.), aff'd [1985] 1 S.C.R. 174; *Re Dow Chemical Canada Inc. and Union Gas Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 641 (Ont. Div. Ct.), aff'd (1983), 42 O.R. (2d) 731 (C.A.); *Children's Aid Society of Huron County v. P. (C.)*, 2002 CanLII 45644 (Ont. S.C.J.); *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394; R. W. Macaulay and J. L. H. Sprague, *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals* (loose-leaf), vol. 3, at p. 29-1; Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (2008), at pp. 290-91.)

[52] The superior court's inherent jurisdiction, it seems to me, should not be seen as a broad plenary power to “assist”, but should be interpreted consistently with this Court's evolving jurisprudence about the role, authority and mandate of statutory courts and tribunals. This includes an awareness of the need to avoid bifurcated proceedings in all but exceptional cases. (See *Nova Scotia (Workers'*

*juge Binnie* puissent être perçus comme élargissant indûment la portée du pouvoir que la common law accorde à une cour supérieure dans l'exercice de sa compétence inhérente.

[51] Plus précisément, il importe de ne pas voir ces motifs comme favorisant l'élargissement indu de la compétence inhérente d'une cour supérieure sur des questions que cette Cour considère de plus en plus comme relevant du pouvoir implicite d'une cour d'origine législative de faire ce qui est nécessaire, dans l'exécution de son mandat, pour « administrer pleinement et efficacement la justice » (voir *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 51; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575, par. 70 et 71 (« *Dunedin* »); *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, par. 19; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; voir aussi *Interprovincial Pipe Line Ltd. c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 C.F. 601 (C.A.); *Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick c. Maritime Electric Co.*, [1985] 2 C.F. 13 (C.A.); *Ligue de la radiodiffusion canadienne c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1983] 1 C.F. 182 (C.A.), conf. par [1985] 1 R.C.S. 174; *Re Dow Chemical Canada Inc. and Union Gas Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 641 (C. div. Ont.), conf. par (1983), 42 O.R. (2d) 731 (C.A.); *Children's Aid Society of Huron County c. P. (C.)*, 2002 CanLII 45644 (C.S.J. Ont.); *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; R. W. Macaulay et J. L. H. Sprague, *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals* (feuilles mobiles), vol. 3, p. 29-1; Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (2008), p. 290 et 291).

[52] À mon avis, il ne faut pas voir la compétence inhérente d'une cour supérieure comme un plein pouvoir « d'assistance »; il faut plutôt l'interpréter conformément à l'évolution de la jurisprudence de cette Cour au sujet du rôle, du pouvoir et du mandat des cours de justice d'origine législative et des tribunaux administratifs. Pour ce faire, il faut notamment tenir compte de la nécessité d'éviter



*Compensation Board*) v. *Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at para. 29; and, *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765, at para. 79.) The fundamental purpose of such intervention by the superior court must be limited, as Binnie J. points out, to “what is essential to avoid an injustice” (para. 38). For the first time, that inherent jurisdiction was, interpreted in this case to include the ability to make an interim costs award in a proceeding before a statutory court or tribunal.

[53] It is worth remembering, as Binnie J. acknowledged, that this exercise of inherent jurisdiction was based on the premise that the provincial court lacked the jurisdiction to make the order. Regrettably that piece in the jurisdictional puzzle is not, strictly speaking, before us. Mr. Caron had made an unsuccessful application for *Okanagan* funding directly to the provincial court. The court concluded that while the *Okanagan* criteria were met, *Okanagan* costs could not be ordered by the provincial court. That decision was essentially undisturbed by the Court of Queen’s Bench, 2007 ABQB 262, 75 Alta. L.R. (4th) 287, *per* Marceau J. and was not appealed by Mr. Caron. He chose instead to seek his funding by way of a new claim to the Queen’s Bench, seeking the exercise of its inherent jurisdiction as a superior court to make the order. As a result, the question of whether a statutory court or tribunal has jurisdiction to order *Okanagan* costs will have to be determined in a future case.

[54] That leaves us in the problematic position of having to decide Mr. Caron’s ability to obtain funding and continue with this litigation *as if* no other jurisdictional course were available to him. I therefore simply raise a cautionary note: this Court’s evolutionary acknowledgment of the independence,

le fractionnement des recours à moins de circonstances exceptionnelles (voir *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 29; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765, par. 79). Comme le souligne le juge Binnie, la cour supérieure ne doit intervenir ainsi que dans le but fondamental de faire « ce qui est nécessaire pour éviter une injustice » (par. 38). C’est en l’espèce qu’on a interprété pour la première fois cette compétence inhérente comme emportant le pouvoir d’ordonner le versement d’une provision pour frais dans une procédure instruite par une cour de justice d’origine législative ou un tribunal administratif.

[53] Il convient de se rappeler, comme l’a admis le juge Binnie, que l’exercice de cette compétence inhérente reposait sur la prémisse que la cour provinciale n’avait pas compétence pour rendre l’ordonnance en question. Hélas, nous ne sommes pas saisis, à proprement parler, de cette pièce du casse-tête juridictionnel. M. Caron avait demandé sans succès à la cour provinciale de lui accorder une provision pour frais fondée sur l’arrêt *Okanagan*. La cour provinciale a conclu que, bien que les critères établis dans l’arrêt *Okanagan* étaient satisfaits, il lui était impossible d’accéder à la demande de M. Caron. Confirmée pour l’essentiel par la Cour du Banc de la Reine (2007 ABQB 262, 75 Alta. L.R. (4th) 287, le juge Marceau), la décision de la cour provinciale n’a pas été portée en appel par M. Caron. Il a plutôt décidé d’obtenir du financement en présentant une nouvelle demande à la Cour du Banc de la Reine, priant celle-ci d’exercer son pouvoir inhérent, à titre de cour supérieure, de rendre une ordonnance de provision pour frais. Il faudra donc attendre une autre occasion de trancher la question de savoir si une cour de justice d’origine législative ou un tribunal administratif a compétence pour ordonner le versement d’une provision pour frais fondée sur l’arrêt *Okanagan*.

[54] Cela nous place dans la situation peu enviable d’avoir à établir la possibilité pour M. Caron d’obtenir du financement et de poursuivre le présent litige *comme s’il* ne pouvait s’adresser à une autre juridiction. Je veux simplement faire une mise en garde : il se peut fort bien que l’évolution de la

integrity and expertise of statutory courts and tribunals may well be inconsistent with an approach that has the effect of expanding the reach of a superior court's common law inherent jurisdiction into matters of which a statutory court or tribunal is seized. When considering the proper limits of a superior court's inherent jurisdiction, any such inquiry should reconcile the common law scope of inherent jurisdiction *with* the implied legislative mandate of a statutory court or tribunal, to control its own process to the extent necessary to prevent an injustice and accomplish its statutory objectives. (See *Cunningham*, at para. 19; *ATCO*, at para. 51; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 37; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; and *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, at para. 35.) The inability to order funding in the very limited circumstances contemplated by *Okanagan* and *Little Sisters* could well frustrate the ability of the provincial courts and tribunals to continue to hear potentially meritorious cases of public importance. As McLachlin C.J. observed in *Dunedin*, costs awards are significant remedial tools and “integrally connected to the court’s control of its trial process” (para. 81).

[55] With the above caution in mind, therefore, in the exceptional circumstances of this case I agree with Binnie J. that the award of *Okanagan* costs should be upheld and the appeal dismissed.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

*Solicitors for the respondent: Balfour Moss, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Commissioner of Official Languages for Canada: Office of the Commissioner of Official Languages, Ottawa.*

reconnaissance, par la Cour, de l'indépendance, de l'intégrité et de l'expertise des cours de justice d'origine législative et des tribunaux administratifs soit incompatible avec une approche qui a pour effet d'élargir la compétence inhérente dont jouit une cour supérieure en common law sur les questions soumises à ces tribunaux. Lors de l'examen des limites dont devrait être assortie la compétence inhérente d'une cour supérieure, il faut concilier la portée de cette compétence en common law *et* le mandat que la loi confie implicitement à une cour de justice d'origine législative ou à un tribunal administratif de faire respecter sa propre procédure dans la mesure nécessaire pour éviter une injustice et atteindre les objectifs fixés par la loi à son égard (voir *Cunningham*, par. 19; *ATCO*, par. 51; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 37; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 35). L'impossibilité pour les cours provinciales et les tribunaux administratifs d'ordonner le versement de fonds dans les circonstances exceptionnelles visées par les arrêts *Okanagan* et *Little Sisters* pourrait fort bien les empêcher de continuer à instruire des affaires dignes d'intérêt et susceptibles de revêtir une importance pour le public. Comme la juge en chef McLachlin l'a souligné dans *Dunedin*, l'adjudication de dépens constitue une mesure de réparation très utile et « est intimement liée à la maîtrise que le tribunal exerce sur sa procédure » (par. 81).

[55] Compte tenu de cette mise en garde et des circonstances exceptionnelles de la présente affaire, je conviens avec le juge Binnie qu'il y a lieu de confirmer la provision pour frais fondée sur l'arrêt *Okanagan* et de rejeter l'appel.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureur de l'appelant : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Procureurs de l'intimé : Balfour Moss, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le commissaire aux langues officielles du Canada : Commissariat aux langues officielles, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Arvay Finlay, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners the Council of Canadians with Disabilities, the Charter Committee on Poverty Issues, the Poverty and Human Rights Centre and the Women's Legal Education and Action Fund: Camp Fiorante Matthews, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener Association canadienne-française de l'Alberta: Heenan Blaikie, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: University of Toronto, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Arvay Finlay, Vancouver.*

*Procureurs des intervenants le Conseil des Canadiens avec déficiences, le Comité de la Charte et des questions de pauvreté, Poverty and Human Rights Centre et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes : Camp Fiorante Matthews, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne-française de l'Alberta : Heenan Blaikie, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Université de Toronto, Toronto.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Fahim Ahmad, Zakaria Amara, Asad Ansari, Shareef Abdelhaleem, Mohammed Dirie, Jahmaal James, Amin Mohamed Durrani, Steven Vikash Chand, Saad Khalid and Saad Gaya** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario and Canadian Civil Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. AHMAD**

**2011 SCC 6**

File No.: 33066.

2010: March 18; 2011: February 10.

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

**ON APPEAL FROM THE ONTARIO SUPERIOR COURT OF JUSTICE**

*Constitutional law — Validity of legislation — Section 38 scheme of Canada Evidence Act granting jurisdiction to Federal Court to determine questions of disclosure of information pertaining to international relations, national defence or national security — Whether Parliament's decision to limit superior courts from determining those questions impermissibly invades core jurisdiction of superior courts — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 38 to 38.16 — Constitution Act, 1867, s. 96.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Section 38 scheme of Canada Evidence Act granting jurisdiction to Federal Court to determine questions of disclosure of information pertaining to international relations, national defence or national security — Whether attribution of jurisdiction to Federal Court impedes ability of superior court judges to ensure conduct of fair trial — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 38*

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Fahim Ahmad, Zakaria Amara, Asad Ansari, Shareef Abdelhaleem, Mohammed Dirie, Jahmaal James, Amin Mohamed Durrani, Steven Vikash Chand, Saad Khalid et Saad Gaya** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario et Association canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. AHMAD**

**2011 CSC 6**

N<sup>o</sup> du greffe : 33066.

2010 : 18 mars; 2011 : 10 février.

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

**EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DE JUSTICE DE L'ONTARIO**

*Droit constitutionnel — Validité de la loi — Pouvoir de trancher les questions de divulgation de renseignements ayant trait aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale conféré à la Cour fédérale par le régime établi par l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada — La décision du législateur de limiter le pouvoir des cours supérieures de trancher ces questions empiète-t-elle de manière inacceptable sur la compétence fondamentale de ces tribunaux? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 38 à 38.16 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Pouvoir de trancher les questions de divulgation de renseignements ayant trait aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale conféré à la Cour fédérale par le régime établi par l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada — L'attribution de ce pouvoir à la Cour fédérale empêche-t-elle les juges des cours supérieures de garantir un procès équitable? — Loi sur*

to 38.16 — *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7.

In June 2006, 18 people were arrested on the suspicion that they were plotting terrorist attacks. Ten of the eighteen people were scheduled to be tried before Dawson J. of the Ontario Superior Court of Justice. In March and June 2008, the Crown notified the Attorney General of Canada that the Superior Court proceedings might disclose potentially injurious or sensitive government information. The Attorney General brought the disclosure issue before the Federal Court pursuant to the s. 38 scheme of the *Canada Evidence Act*. Noël J. of the Federal Court ordered that the accused be designated as respondents in proceedings commenced by the Attorney General, that a hearing be held, and that notice be given to the Superior Court judge. The accused then brought an application in the Superior Court to challenge the constitutionality of the s. 38 scheme. The Federal Court halted its proceedings pending the resolution of that challenge. The Superior Court judge held that the scheme was unconstitutional as it violated s. 96 of the *Constitution Act, 1867* and s. 7 of the *Charter*. He struck down the legislation to the extent that it conferred exclusive jurisdiction on the Federal Court and asserted his own responsibility, as the Superior Court judge conducting the criminal trial, to decide any national security privilege issues that might arise in the course of the proceedings.

*Held*: The appeal should be allowed. Sections 38 to 38.16 of the *Canada Evidence Act* are constitutional.

This appeal concerns the potential conflict between two fundamental obligations of the state under our system of government: first, to protect society by preventing the disclosure of information that could pose a threat to international relations, national defence or national security; second, to prosecute individuals accused of offences against our laws. In the s. 38 scheme, Parliament has recognized that on occasion it may become necessary to choose between these objectives, but has laid out an elaborate framework to attempt, where possible, to reconcile them. Where the conflict is irreconcilable, an unfair trial cannot be tolerated. Under the rule of law, the right of an accused person to make full answer and defence may not be compromised. The s. 38 scheme preserves the full authority and independence of the judge presiding over the criminal trial to do justice between the parties,

*la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 38 à 38.16 — *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7.

En juin 2006, 18 personnes ont été arrêtées parce qu'on les soupçonnait de comploter des attaques terroristes. Dix des dix-huit suspects devaient subir un procès devant le juge Dawson de la Cour supérieure de justice de l'Ontario. En mars et en juin 2008, la Couronne a avisé le procureur général du Canada de la possibilité que des renseignements gouvernementaux sensibles ou potentiellement préjudiciables soient divulgués dans le cadre d'instances devant la Cour supérieure de justice. Le procureur général a, conformément au régime établi par l'art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, soumis la question de la divulgation à la Cour fédérale. Le juge Noël de ce tribunal a ordonné que les accusés soient désignés intimés dans les procédures engagées par le procureur général, qu'une audience soit tenue et qu'avis de celle-ci soit donné au juge de la Cour supérieure de justice. Les accusés ont ensuite déposé à la Cour supérieure de justice une demande visant à contester la constitutionnalité du régime établi par l'art. 38. La Cour fédérale a suspendu ses procédures en attendant que cette contestation ait été tranchée. Le juge de la Cour supérieure de justice a conclu à l'inconstitutionnalité du régime établi par l'art. 38, parce qu'il violait l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'art. 7 de la *Charte*. Il a invalidé la loi conférant compétence exclusive à la Cour fédérale et déclaré qu'il lui appartenait, à titre de juge de la cour supérieure présidant le procès criminel, de statuer sur toute question de privilège liée à la sécurité nationale pouvant être soulevée dans le cadre de l'instance.

*Arrêt* : Le pourvoi est accueilli. Les articles 38 à 38.16 de la *Loi sur la preuve au Canada* sont constitutionnels.

Le présent pourvoi concerne le conflit potentiel entre deux obligations fondamentales de l'État dans notre système de gouvernement : premièrement, protéger la société en empêchant la divulgation de renseignements susceptibles de constituer une menace pour les relations internationales ou pour la défense ou la sécurité nationales; deuxièmement, poursuivre les individus accusés d'infractions à nos lois. Dans le régime établi par l'art. 38, le législateur a reconnu qu'il peut à l'occasion devenir nécessaire de choisir entre ces objectifs, mais il a conçu un cadre détaillé pour tenter de les concilier lorsque la chose est possible. Lorsque le conflit est insoluble, il ne saurait être question de tolérer un procès inéquitable. Suivant la primauté du droit, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière ne peut pas être compromis. Le régime établi par l'art. 38 préserve pleinement l'indépendance et les pouvoirs du juge présidant

including, where he or she deems it necessary, to enter a stay of proceedings. While the statutory scheme of s. 38, particularly its division of responsibilities between the Federal Court and the criminal courts of the provinces, raises numerous practical and legal difficulties, properly understood and applied, it is constitutionally valid. The test in *Re Residential Tenancies Act, 1979* requires as a first step that an analysis be conducted as to whether the power conferred on a tribunal other than a s. 96 court broadly conforms to a power or jurisdiction exercised by a superior, district or county court at the time of Confederation. It is true, of course, that the judiciary provisions of the *Constitution Act, 1867* create substantive constitutional limitations on Parliament's ability to confer powers on courts or tribunals other than those established under s. 96. Although the Court has not fully explored the interaction of ss. 96 and 101, it accepts for present purposes (without deciding) that the constitutional analysis proceeds as the respondents contend.

In 1867, Crown claims to refuse disclosure of potentially injurious or sensitive information were generally considered by superior courts in Canada to be a matter of unreviewable executive prerogative. Given that the superior courts did not exercise any such power of review at the time of Confederation, the analysis under *Re Residential Tenancies Act, 1979* ends at the first question and there is no infringement of s. 96 under that test. Further, while it is true that a superior court's ability to adjudicate the constitutional issues that come before it forms a part of its core jurisdiction, the issue here is not properly characterized as the authority of the superior court to protect the integrity of its process. Rather, the issue relates to authority in relation to disclosure of material for which the security exemption is claimed. Characterized in that way, the s. 38 scheme does not violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867* because it does not impede a court's power to remedy abuses of process. What is essential for constitutional purposes is that the criminal courts retain the ability to ensure that every person who comes before them as the subject of a criminal prosecution receives a fair trial. What is recognized in both s. 38.14 of the *CEA* and s. 24(1) of the *Charter* is that sometimes the only way to avoid an unfair trial is to have no trial at all. Through s. 38.14 and the *Charter*, the criminal court trial judge possesses the means to safeguard the accused's fair trial rights. However, the stay of proceedings remedy

le procès criminel d'assurer la justice entre les parties, y compris son pouvoir d'ordonner l'arrêt des procédures, lorsqu'il estime une telle mesure nécessaire. Bien que le régime de l'art. 38, et en particulier le partage des responsabilités qui y est établi entre la Cour fédérale et les cours criminelles des provinces, soulève bon nombre de difficultés pratiques et juridiques, adéquatement compris et appliqué, ce régime est constitutionnel. Suivant l'analyse énoncée dans le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, il convient tout d'abord de se demander si le pouvoir conféré à un tribunal non établi en vertu de l'art. 96 correspond généralement à un pouvoir ou à une compétence qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération. Il est vrai, bien sûr, que les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives au pouvoir judiciaire créent des limites substantielles de nature constitutionnelle restreignant la capacité du législateur de conférer des pouvoirs à des tribunaux judiciaires ou autres qui ne sont pas établis en vertu de l'art. 96. Sans avoir exploré à fond l'interaction des art. 96 et 101, la Cour tient pour acquis, pour les besoins du présent pourvoi (et sans pour autant statuer sur la question), que l'analyse constitutionnelle est conforme à la thèse des intimés.

En 1867, les motifs invoqués par la Couronne pour refuser de divulguer des renseignements potentiellement préjudiciables ou sensibles étaient généralement considérés par les cours supérieures du Canada comme relevant d'une prérogative de l'exécutif non susceptible de révision. Étant donné qu'à l'époque de la Confédération les cours supérieures n'exerçaient aucun pouvoir de contrôle semblable, l'analyse prescrite par le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle* se termine à la première question et il n'y a pas d'atteinte à l'art. 96 selon cette analyse. De plus, bien qu'il soit vrai que le pouvoir d'une cour supérieure de statuer sur les questions constitutionnelles qui lui sont soumises fait partie de sa compétence fondamentale, la question litigieuse en l'espèce ne concerne pas à proprement parler le pouvoir de la cour supérieure de protéger l'intégrité de sa procédure. Elle porte plutôt sur le pouvoir relatif à la divulgation de renseignements à l'égard desquels l'exemption relative à la sécurité est invoquée. Lorsque la question est définie ainsi, le régime établi par l'art. 38 ne viole pas l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, parce qu'il n'empêche pas en soi un tribunal d'exercer son pouvoir de remédier aux abus de procédure. L'essentiel, sur le plan constitutionnel, c'est que les cours criminelles conservent la faculté de s'assurer que chaque personne qui comparaît devant elles pour répondre à des accusations criminelles jouisse d'un procès équitable. Ce qui est reconnu à la fois à

in s. 38.14 is a statutory remedy to be considered and applied in its own context. It should not be limited by the non-statutory “clearest of cases” test for a stay under the *Charter* jurisprudence.

For similar reasons, the challenge to the legislation under s. 7 of the *Charter* also fails. The Federal Court judge’s sole concern under the scheme is the protection of the public interest in sensitive or potentially injurious information. If the Federal Court determines that the disclosure of the information at issue would be injurious to international relations or national defence or national security, then disclosure will only be ordered by that court if in its view the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure (ss. 38.06(1) and (2) of the *CEA*). While the public certainly has an interest in the effective administration of justice, the s. 38 scheme recognizes that an unfair trial is not an option. The trial judge in this case was not deprived of the ability to adjudicate the *Charter* issues that flowed from the non-disclosure order. While it is true that the legislation deprives trial judges of the ability to order the disclosure or even their own inspection of material that is withheld pursuant to the s. 38 scheme, they retain the ability in the absence of such access to order whatever remedy pursuant to the *Charter* and s. 38.14 is required to protect the accused’s right to a fair trial. If the trial process resulting from the application of the s. 38 scheme becomes unmanageable by virtue of excessive gaps between the hearing of the evidence or such other impediments, such that the right of the accused to a fair trial is compromised, the trial judge should not hesitate to use the broad authority Parliament has conferred under s. 38.14 to put an end to the prosecution.

#### Cases Cited

**Applied:** *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; **discussed:** *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; **referred to:** *R. v. Malik*, 2005 BCSC 350 (CanLII); *Charkaoui*

l’art. 38.14 de la *LPC* et au par. 24(1) de la *Charte*, c’est que parfois la seule façon d’éviter un procès inéquitable est qu’il n’y ait pas de procès du tout. Le juge d’une cour criminelle dispose, grâce à l’art. 38.14 et à la *Charte*, des moyens de protéger le droit de l’accusé à un procès équitable. L’arrêt des procédures envisagé à l’article 38.14 est une réparation prévue par un texte législatif, qui doit être considérée et appliquée dans le contexte qui lui est propre. Il ne faut pas en limiter l’application en recourant au critère des « cas les plus manifestes » en telle matière prévu par la jurisprudence relative à la *Charte*.

Pour des raisons analogues, la contestation fondée sur l’art. 7 de la *Charte* doit elle aussi être rejetée. Sous le régime établi par l’art. 38, l’unique souci du juge de la Cour fédérale consiste à protéger l’intérêt du public à l’égard des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables. Si la Cour fédérale conclut que la divulgation des renseignements en cause porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, elle ordonnera cette mesure seulement si elle estime que les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation l’emportent sur celles justifiant leur non-divulgation (par. 38.06(1) et (2) de la *LPC*). Bien que le public ait certes intérêt à ce que la justice soit administrée efficacement, le régime établi par l’art. 38 reconnaît qu’il est hors de question de tenir un procès inéquitable. En l’espèce, le juge du procès n’a pas été privé du pouvoir de trancher les questions relatives à la *Charte* soulevées par l’ordonnance de non-divulgation. Il est vrai que les dispositions en cause privent le juge du procès de la possibilité d’ordonner la divulgation, et même de la possibilité d’examiner personnellement les renseignements écartés en vertu du régime établi par l’art. 38, mais il n’en conserve pas moins — malgré l’absence d’accès à ces renseignements — la possibilité d’ordonner, en vertu de la *Charte* et de l’art. 38.14, toute mesure nécessaire pour protéger le droit de l’accusé à un procès équitable. Si le processus judiciaire découlant de l’application du régime établi par l’art. 38 devient ingérable en raison soit d’intervalles excessifs dans l’audition de la preuve soit d’autres obstacles analogues ayant pour effet de compromettre le droit de l’accusé à un procès équitable, le juge du procès ne devrait pas hésiter à exercer le large pouvoir que lui a conféré le législateur à l’art. 38.14 pour mettre fin au procès.

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; **arrêts analysés :** *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; **arrêts**

v. *Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Hamilton*, 2005 SCC 47, [2005] 2 S.C.R. 432; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. The Queen*, [1956] S.C.R. 82; *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FC 490, [2008] 1 F.C.R. 547, rev'd 2007 FCA 342, 370 N.R. 128; *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680; *Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, [1996] 1 S.C.R. 186; *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans and Labour Standards Tribunal (N.S.)*, [1989] 1 S.C.R. 238; *Gugy v. Maguire* (1863), 13 L.C.R. 33; *Bradley v. McIntosh* (1884), 5 O.R. 227; *R. v. Snider*, [1954] S.C.R. 479; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; *Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2011 ONCA 95 (CanLII); *R. v. Ribic*, 2004 CanLII 7091.

#### Statutes and Regulations Cited

*Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41.  
*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 38 to 38.16, 39.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(b), (d), 24(1).  
*Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C. 1985, c. C-23.  
*Constitution Act, 1867*, ss. 96, 101.  
*Constitution Act, 1982*, s. 52(1).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27.  
*Security of Information Act*, R.S.C. 1985, c. O-5.

#### Authors Cited

Canada. Commission of Inquiry into the Investigation of the Bombing of Air India Flight 182. *Air India Flight 182: A Canadian Tragedy*, vol. 3, *The Relationship Between Intelligence and Evidence and the Challenges of Terrorism Prosecutions*. Ottawa: The Commission, 2010.

Canada. Justice. *The Anti-terrorism Act: Amendments to the Canada Evidence Act (CEA)* (online: <http://www.justice.gc.ca/antiter/sheetfiche/ceap2-lpcp2-eng.asp>).

Canada. Senate. *Proceedings of the Special Senate Committee on the Subject Matter of Bill C-36*, Issue No. 1, 1st Sess., 37th Parl., October 22, 2001, pp. 63-64.

Dawson, Eleanor. "The Federal Court and the Clash of the Titans: Balancing Human Rights and National

mentionnés : *R. c. Malik*, 2005 BCSC 350 (CanLII); *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Hamilton*, 2005 CSC 47, [2005] 2 R.C.S. 432; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Labour Relations Board of Saskatchewan c. The Queen*, [1956] R.C.S. 82; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547, inf. par 2007 CAF 342 (CanLII); *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680; *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186; *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans et Labour Standards Tribunal (N.-É.)*, [1989] 1 R.C.S. 238; *Gugy c. Maguire* (1863), 13 L.C.R. 33; *Bradley c. McIntosh* (1884), 5 O.R. 227; *R. c. Snider*, [1954] R.C.S. 479; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *Abou-Elmaati c. Canada (Attorney General)*, 2011 ONCA 95 (CanLII); *R. c. Ribic*, 2004 CanLII 7091.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11b), d), 24(1).  
*Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 96, 101.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 38 à 38.16, 39.  
*Loi sur la protection de l'information*, L.R.C. 1985, ch. O-5.  
*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, ch. C-23.

#### Doctrine citée

Canada. Commission d'enquête relative aux mesures d'investigation prises à la suite de l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India. *Le vol 182 d'Air India : Une tragédie canadienne*, vol. 3, *Relation entre le renseignement et la preuve et particularités des poursuites antiterroristes*. Ottawa : La Commission, 2010.

Canada. Justice. *La loi antiterroriste : Modifications à la Loi sur la preuve au Canada (LPC)* (en ligne : <http://www.justice.gc.ca/antiter/sheetfiche/lpcp2-ceap2-fra.asp>).

Canada. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial spécial sur la Teneur du projet de loi C-36*, fascicule n° 1, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 22 octobre 2001, p. 63-64.



Security”, Address at the University of Manitoba Faculty of Law, March 30, 2006.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
 Linstead, Stephen G. “The Law of Crown Privilege in Canada and Elsewhere — Part 1” (1968-1969), 3 *Ottawa L. Rev.* 79.

APPEAL from a judgment of the Ontario Superior Court of Justice (Dawson J.) (2009), 257 C.C.C. (3d) 135, [2009] O.J. No. 6166 (QL), 2009 CarswellOnt 9311. Appeal allowed.

*Croft Michaelson and Nicholas E. Devlin*, for the appellants.

*John Norris and Breese Davies*, for the respondent Asad Ansari.

*Rocco Galati*, for the respondents Shareef Abdelhaleem and Amin Mohamed Durrani.

*Delmar Doucette*, for the respondent Steven Vikash Chand.

*Paul B. Slansky*, for the respondent Saad Gaya.

*Sarah T. Kraicer and Josh Hunter*, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

*Anil K. Kapoor and Lindsay L. Daviau*, for the intervenor the Canadian Civil Liberties Association.

No one appeared for the respondents Fahim Ahmad, Zakaria Amara, Mohammed Dirie, Jahmaal James and Saad Khalid.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — This appeal concerns the potential conflict between two fundamental obligations of the state under our system of government: first, to protect society by preventing the disclosure of information that could pose a threat to international relations, national defence, or national security; and second, to prosecute individuals accused of offences against our laws. In s. 38 of the

Dawson, Eleanor. « La Cour fédérale et le choc des titans : Concilier les droits de la personne et la sécurité nationale », présentation à la Faculté de droit à l'Université du Manitoba, 30 mars 2006.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Linstead, Stephen G. « The Law of Crown Privilege in Canada and Elsewhere — Part 1 » (1968-1969), 3 *R.D. Ottawa* 79.

POURVOI contre un jugement de la Cour supérieure de justice de l'Ontario (le juge Dawson) (2009), 257 C.C.C. (3d) 135, [2009] O.J. No. 6166 (QL), 2009 CarswellOnt 9311. Pourvoi accueilli.

*Croft Michaelson et Nicholas E. Devlin*, pour l'appelante.

*John Norris et Breese Davies*, pour l'intimé Asad Ansari.

*Rocco Galati*, pour les intimés Shareef Abdelhaleem et Amin Mohamed Durrani.

*Delmar Doucette*, pour l'intimé Steven Vikash Chand.

*Paul B. Slansky*, pour l'intimé Saad Gaya.

*Sarah T. Kraicer et Josh Hunter*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Anil K. Kapoor et Lindsay L. Daviau*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Personne n'a comparu pour les intimés Fahim Ahmad, Zakaria Amara, Mohammed Dirie, Jahmaal James et Saad Khalid.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — Le présent pourvoi concerne le conflit potentiel entre deux obligations fondamentales de l'État dans notre système de gouvernement : premièrement, celle de protéger la société en empêchant la divulgation de renseignements susceptibles de constituer une menace pour les relations internationales ou pour la défense ou la sécurité nationales; deuxièmement, celle de poursuivre

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5 (“CEA”), Parliament has recognized that on occasion it may become necessary to choose between these objectives, but has laid out an elaborate framework to attempt, where possible, to reconcile them. At the heart of this appeal lies the respondents’ challenge to the constitutional validity of this provision. In their view, the scheme violates s. 96 of the *Constitution Act, 1867* and s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[2] We acknowledge at the outset that in some situations, the prosecution’s refusal to disclose relevant (if sensitive or potentially injurious) information in the course of a criminal trial may on the facts of a particular case prejudice the constitutional right of every accused to “a fair and public hearing” and the separately guaranteed right “to be tried within a reasonable time” (*Charter*, ss. 11(d) and (b), respectively). Where the conflict is irreconcilable, an unfair trial cannot be tolerated. Under the rule of law, the right of an accused person to make full answer and defence may not be compromised. However, s. 38, as we interpret it, preserves the full authority and independence of the judge presiding over the criminal trial to do justice between the parties, including, where he or she deems it necessary, to enter a stay of proceedings.

[3] In our view, for the reasons that follow, s. 38 itself (the text of which is attached hereto in the Appendix) provides enough flexibility to avoid the drastic result of a stay of proceedings in all but the most intractable of cases, as recently demonstrated in the *Air India* prosecution (*R. v. Malik*, 2005 BCSC 350 (CanLII)). While the statutory scheme of s. 38, particularly its division of responsibilities between the Federal Court and the criminal courts of the provinces, raises numerous practical and legal difficulties, we are satisfied that s. 38, properly understood and applied, is constitutionally valid.

les individus accusés d’infractions à nos lois. À l’article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (« LPC »), le législateur a reconnu qu’il peut à l’occasion devenir nécessaire de choisir entre ces objectifs, mais il a conçu un cadre détaillé pour tenter de les concilier lorsque la chose est possible. La contestation par les intimés de la constitutionnalité de cette disposition se trouve au centre du présent pourvoi. Selon eux, le régime viole l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[2] Nous reconnaissons d’entrée de jeu que, dans certains cas, le refus par la poursuite de divulguer des renseignements pertinents (à cause de leur caractère sensible ou potentiellement préjudiciable) dans le cours d’un procès criminel peut, eu égard aux faits de l’instance, porter atteinte au droit constitutionnel de tout accusé à « un procès public et équitable » et au droit, garanti séparément, « d’être jugé dans un délai raisonnable » (*Charte*, al. 11d) et (b), respectivement). Lorsque le conflit est insoluble, il ne saurait être question de tolérer un procès inéquitable. Suivant la primauté du droit, le droit de l’accusé à une défense pleine et entière ne peut pas être compromis. Toutefois, selon l’interprétation que nous lui donnons, l’art. 38 préserve pleinement l’indépendance et les pouvoirs du juge présidant le procès criminel d’assurer la justice entre les parties, y compris son pouvoir d’ordonner l’arrêt des procédures, lorsqu’il estime une telle mesure nécessaire.

[3] Pour les motifs exposés ci-après, nous sommes d’avis que l’art. 38 lui-même (dont le texte est reproduit en annexe) confère une latitude suffisante pour qu’il soit possible d’éviter la conséquence radicale de l’arrêt des procédures dans tous les cas sauf les plus problématiques, comme cela a été récemment démontré dans la poursuite *Air India* (*R. c. Malik*, 2005 BCSC 350 (CanLII)). Bien que le régime de l’art. 38, et en particulier le partage des responsabilités qui y est établi entre la Cour fédérale et les cours criminelles des provinces, soulève bon nombre de difficultés pratiques et juridiques, nous sommes convaincus que, adéquatement compris et appliqué, l’art. 38 est constitutionnel.

### A. Overview

[4] Parliament has allocated to judges of the Federal Court, on application, the responsibility to consider potentially injurious or sensitive information in respect of which national security is claimed and to determine whether, and under what conditions, it ought to be disclosed. Judges presiding at criminal trials cannot order disclosure to an accused of the withheld material. Nor, under current practices, are they generally given access to that material. And yet, both at common law and under s. 38 itself, it is trial judges, not the judges of the Federal Court, who are entrusted with the ultimate responsibility of protecting the accused's constitutional right to make full answer and defence. We were not referred to any other jurisdiction where this division of responsibility between different courts has been established in relation to criminal proceedings.

[5] Nevertheless, the question before us is not whether this jurisdictional *bifurcation* is unusual or undesirable as a matter of policy or inefficient as a matter of practice — it has been subject to considerable criticism — but whether it passes constitutional muster. That determination does not depend on whether bifurcation may in some instances lead to delays and inefficiencies in the trial process. Nor does it depend on whether a non-disclosure order will on occasion frustrate the prosecution of serious crimes. Rather, the constitutional validity of the scheme established by Parliament in s. 38 ultimately depends on whether it affords trial judges adequate means to prevent an unfair trial.

[6] Parliament has conferred on the Attorney General of Canada in s. 38.03 the power to withhold (or not withhold) relevant information from the criminal courts even where a Federal Court

### A. Aperçu

[4] Le Parlement a confié aux juges de la Cour fédérale la responsabilité d'examiner, sur demande, les renseignements potentiellement préjudiciables ou les renseignements sensibles à l'égard desquels est invoquée la sécurité nationale, puis de décider si ces renseignements doivent être divulgués et, en cas de réponse affirmative, à quelles conditions. Le juge qui préside un procès criminel ne peut pas ordonner la communication à l'accusé des renseignements visés par une ordonnance de non-divulgaration. De plus, selon les pratiques actuelles, le juge n'a généralement pas non plus accès à ces renseignements. Pourtant, tant selon la common law que selon l'art. 38 lui-même, c'est aux juges présidant les procès, et non aux juges de la Cour fédérale, qu'a été confiée la responsabilité ultime de protéger le droit constitutionnel de l'accusé à une défense pleine et entière. On ne nous a fait état d'aucun autre endroit au monde où aurait été établi un tel partage de responsabilités entre différentes juridictions en matière de procédures criminelles.

[5] Néanmoins, nous sommes appelés à décider, non pas si cette *bifurcation* juridictionnelle est inhabituelle ou non souhaitable sur le plan politique ou inefficace sur le plan pratique — elle a fait l'objet de vives critiques — mais plutôt si sa validité constitutionnelle résiste à l'examen. Le fait que cette bifurcation puisse ou non retarder dans certains cas le déroulement du procès ou entraîner des inefficacités à ce chapitre n'entre pas en ligne de compte, non plus que le fait qu'une ordonnance de non-divulgaration puisse ou non faire parfois obstacle à la poursuite de crimes graves. La constitutionnalité du régime établi par le législateur à l'art. 38 dépend plutôt, en dernière analyse, de la question de savoir s'il offre ou non au juge du procès des moyens suffisants pour empêcher la tenue d'un procès inéquitable.

[6] À l'article 38.03, le législateur a conféré au procureur général du Canada le pouvoir d'interdire (ou de ne pas interdire) la divulgation aux cours criminelles de renseignements pertinents, même

judge has ordered such disclosure to be made. This is a drastic power which, for public policy reasons, Parliament has seen fit to confer on the most senior law officer of the Crown. At the same time, Parliament has recognized in s. 38.14 that while the judge presiding over the criminal trial is powerless to order production to himself or herself for review or divulgence to the accused of the undisclosed relevant information, the criminal court, and the criminal court alone, has the power to make any order considered necessary in order to protect the accused's right to a fair trial. This provision applies to provincial and superior court judges alike. The remedies that may be ordered include, but are not limited to, dismissal of specified counts, a finding against any party on any issue to which the undisclosed information relates, or a complete stay of proceedings.

[7] As we stated in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, the Court “has repeatedly recognized that national security considerations can limit the extent of disclosure of information to the affected individual” (para. 58). But we took care in *Charkaoui* to stress as well the importance of the principle of fundamental justice that “a person whose liberty is in jeopardy must be given an opportunity to know the case to meet, and an opportunity to meet the case” (para. 61). *Charkaoui* was an immigration case. In criminal cases, the court's vigilance to ensure fairness is all the more essential. Nevertheless, as we interpret s. 38, the net effect is that state secrecy will be protected where the Attorney General of Canada considers it vital to do so, but the result is that the accused will, if denied the means to make a full answer and defence, and if lesser measures will not suffice in the opinion of the presiding judge to ensure a fair trial, walk free. While we stress this critical protection of the accused's fair trial rights, we also note that, notwithstanding serious criticisms of the operation of these provisions, they permit considerable flexibility as to how to reconcile the

lorsqu'un juge de la Cour fédérale en a ordonné la divulgation. Il s'agit là d'un pouvoir drastique que le législateur a jugé opportun, pour des considérations d'intérêt général, de confier au premier conseiller juridique de la Couronne. Du même coup, le législateur a reconnu à l'art. 38.14 que, bien que le juge présidant le procès criminel n'ait pas la possibilité d'ordonner que les renseignements pertinents non divulgués lui soient communiqués pour examen ou soient communiqués à l'accusé, la cour criminelle — et elle seule — possède le pouvoir de rendre toute ordonnance qu'elle estime nécessaire pour protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. Cette disposition s'applique aux juges des cours provinciales comme à ceux des cours supérieures. Une telle ordonnance peut, par exemple, annuler certains chefs d'accusation, être rendue à l'encontre de toute partie sur toute question liée aux renseignements dont la divulgation est interdite, ou encore déclarer l'arrêt complet des procédures.

[7] Comme nous l'avons affirmé dans *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, la Cour « a reconnu à de nombreuses reprises que des considérations relatives à la sécurité nationale peuvent limiter l'étendue de la divulgation de renseignements à l'intéressé » (par. 58). Nous avons toutefois pris soin dans cet arrêt de souligner aussi l'importance du principe de justice fondamentale voulant qu'« une personne dont la liberté est menacée ait la possibilité de connaître la preuve produite contre elle et d'y répondre » (par. 61). L'affaire *Charkaoui* relevait du droit de l'immigration. Dans les affaires criminelles, il est à plus forte raison essentiel que le tribunal veille à l'équité du procès. Néanmoins, selon l'interprétation que nous faisons de l'art. 38, l'effet net est le suivant : les secrets d'État seront protégés lorsque le procureur général du Canada juge vital qu'ils le soient, avec cependant pour résultat que, s'il se voit refuser les moyens de présenter une défense pleine et entière et si, de l'avis du juge, des mesures moindres ne sauraient suffire à garantir un procès équitable, l'accusé sera libre. Tout en insistant sur cette protection essentielle du droit de l'accusé à un procès équitable, nous signalons par ailleurs que, malgré

accused's rights and the state's need to prevent disclosure.

#### B. Facts of This Prosecution

[8] In June of 2006, 18 people were arrested in the Greater Toronto Area on the suspicion that they were plotting terrorist attacks. The suspects were alleged to have conducted terrorist training camps in Ontario, to have amassed weapons, and to have made plans to storm Parliament, where they intended to behead politicians and detonate truck bombs in several locations.

[9] The accused were initially brought to the attention of the Royal Canadian Mounted Police ("RCMP") by the Canadian Security Intelligence Service ("CSIS"). On a number of occasions, CSIS provided the RCMP with information that had been gathered through surveillance and the use of informants. The June arrests were preceded by more than six months of investigative work by the RCMP's Integrated National Security Enforcement Team.

#### (1) *Proceedings in the Ontario Superior Court*

[10] Ten of the eighteen suspects were scheduled to be tried on terrorism-related offences before Dawson J. of the Ontario Superior Court of Justice. Extensive disclosure was provided to the accused prior to the preliminary inquiry, including more than 150,000 records and media files. Before this material was produced, however, significant redactions were made on the basis of objections raised under s. 38. For example, affidavits used to obtain judicial authorizations and warrants during the investigation of the accused were edited to conceal sensitive information.

[11] A preliminary inquiry began in June of 2007, but was aborted when a direct indictment was

les critiques sérieuses formulées à l'égard du fonctionnement de ces dispositions, elles permettent une souplesse considérable du point de vue de la conciliation des droits de l'accusé et de la nécessité pour l'État d'empêcher la divulgation de renseignements.

#### B. Les faits relatifs aux présentes poursuites

[8] En juin 2006, 18 personnes ont été arrêtées dans la région du Grand Toronto parce qu'on les soupçonnait de comploter des attaques terroristes. On reprochait aux suspects d'avoir organisé des camps d'entraînement terroristes en Ontario, d'avoir accumulé des armes et d'avoir planifié de prendre d'assaut le Parlement, où ils projetaient de décapiter des politiciens et de faire exploser des camions piégés à différents endroits.

[9] Les accusés ont d'abord été signalés à l'attention de la Gendarmerie royale du Canada (« GRC ») par le Service canadien du renseignement de sécurité (« SCRS »). À plusieurs reprises, le SCRS a fourni à la GRC des renseignements recueillis grâce à des opérations de surveillance et à des informateurs. Les arrestations de juin faisaient suite à une enquête de plus de six mois menée par l'Équipe intégrée de la sécurité nationale de la GRC.

#### (1) *Procédures devant la Cour supérieure de l'Ontario*

[10] Dix des dix-huit suspects devaient subir un procès pour des infractions liées au terrorisme devant le juge Dawson de la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Avant l'enquête préliminaire, il y a eu divulgation d'une quantité considérable de documents aux accusés, notamment plus de 150 000 dossiers et fichiers médias. Or, avant leur production, ces documents ont été copieusement caviardés par suite d'objections soulevées en vertu de l'art. 38. Par exemple, des affidavits ayant servi à obtenir des autorisations judiciaires et des mandats lors de l'enquête sur les accusés ont été altérés pour dissimuler des renseignements sensibles.

[11] Une enquête préliminaire a commencé en juin 2007, mais elle a été arrêtée lorsqu'on a choisi

preferred on September 24 of that year. At the preliminary inquiry, numerous objections were raised under s. 38 to prevent certain questions from being asked. In the judgment below, Dawson J. noted that those objections had not yet been resolved and would likely re-emerge at trial ((2009), 257 C.C.C. (3d) 135).

[12] Pre-trial motions began in May of 2008. At the time this case came before us, it was anticipated that the pre-trial motions would still take considerable time; Dawson J. estimated in his reasons that the pre-trial motions and jury trial combined would last anywhere from two and a half to five and a half years. Since this appeal was heard, however, the charges against all of the participating respondents have been resolved (at least at first instance). Seven of the respondents pleaded guilty while the remaining three were convicted in jury trials.

### (2) *Proceedings in the Federal Court*

[13] On March 20, 2008, and again on June 16, 2008, the Crown notified the Attorney General of Canada, as required by s. 38.01 of the *CEA*, that the Superior Court proceedings might disclose sensitive information. On December 12, 2008, Noël J. of the Federal Court issued an order under s. 38.04(5) directing that the accused be designated as respondents in proceedings commenced by the Attorney General, stating that a hearing was required, and ordering that notice be given to Dawson J.

[14] The accused then brought an application in the Superior Court to challenge the constitutionality of s. 38. The Federal Court halted its proceedings pending the resolution of that challenge.

### (3) *Decision of the Ontario Superior Court*

[15] Dawson J. held that the s. 38 scheme was unconstitutional. In the first place, he held that

de procéder par voie de mise en accusation directe, le 24 septembre de la même année. À l'enquête préliminaire, de nombreuses objections ont été soulevées en vertu de l'art. 38 dans le but d'empêcher que certaines questions soient posées. Dans le jugement visé par le présent pourvoi, le juge Dawson a souligné que ces objections n'avaient pas encore été tranchées et qu'elles allaient probablement être soulevées de nouveau au procès ((2009), 257 C.C.C. (3d) 135).

[12] L'instruction des requêtes préliminaires a commencé en mai 2008. Lorsque nous avons été saisis du présent pourvoi, il était prévu que ces requêtes pourraient prendre encore un temps considérable; dans ses motifs, le juge Dawson a estimé que les requêtes préliminaires et le procès devant jury dureraient en tout de deux ans et demi à cinq ans et demi. Mais depuis l'audition du pourvoi, les accusations portées contre tous les intimés participant ont abouti à une conclusion (du moins en première instance). Sept des accusés ont plaidé coupable, alors que les trois autres ont été déclarés coupables à l'issue de procès devant jury.

### (2) *Procédures devant la Cour fédérale*

[13] Le 20 mars 2008, et de nouveau le 16 juin 2008, la Couronne a avisé le procureur général du Canada, comme l'exige l'art. 38.01 de la *LPC*, de la possibilité que des renseignements sensibles soient divulgués dans le cadre d'instances devant la Cour supérieure. Le 12 décembre 2008, le juge Noël de la Cour fédérale a rendu, en vertu du par. 38.04(5), une ordonnance désignant les accusés intimés dans les procédures engagées par le procureur général, déclarant que la tenue d'une audience était nécessaire et intimant que le juge Dawson en soit avisé.

[14] Les accusés ont ensuite déposé à la Cour supérieure une demande visant à contester la constitutionnalité de l'art. 38. La Cour fédérale a suspendu ses procédures en attendant que cette contestation ait été tranchée.

### (3) *Décision de la Cour supérieure de l'Ontario*

[15] Le juge Dawson a conclu à l'inconstitutionnalité du régime établi par l'art. 38. Tout d'abord,

the scheme violated s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, because vesting exclusive jurisdiction over “privilege” determinations in the Federal Court interfered with the ability of superior court judges to “apply the Constitution”, which represented an invasion of the core jurisdiction of superior courts. Dawson J. further found that this interference constituted an unjustifiable infringement of s. 7 of the *Charter*. Accordingly, he held under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* that the scheme was of no force and effect to the extent of its inconsistency with the Constitution. He struck down the legislative framework to the extent that it conferred exclusive jurisdiction on the Federal Court and asserted his own responsibility, as the superior court judge conducting the criminal trial, to decide any national security privilege issues that might arise in the course of the proceedings.

### C. Overview of the Statutory Scheme of Section 38 of the *Canada Evidence Act*

[16] We will address a number of aspects of s. 38 in some detail. To begin, a brief overview of the provisions will be of assistance.

[17] The s. 38 scheme provides a procedure to govern the use and protection of “sensitive” or “potentially injurious information”. Those expressions are defined in the Act as follows:

“potentially injurious information” means information of a type that, if it were disclosed to the public, could injure international relations or national defence or national security.

“sensitive information” means information relating to international relations or national defence or national security that is in the possession of the Government of Canada, whether originating from inside or outside Canada, and is of a type that the Government of Canada is taking measures to safeguard.

Section 38 places an obligation on all participants to a legal proceeding, as well as non-participating

il a jugé que ce régime violait l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, parce que le fait de conférer à la Cour fédérale compétence exclusive sur les décisions relatives à l’existence d’un [TRADUCTION] « privilège » portait atteinte à la capacité des juges des cours supérieures d’« appliquer la Constitution », et empiétait ainsi sur la compétence fondamentale des cours supérieures. Le juge Dawson a également conclu qu’il s’agissait d’une atteinte injustifiable à l’art. 7 de la *Charte*. Par conséquent, il a jugé que, par application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le régime en question était inopérant dans la mesure où il était incompatible avec la Constitution. Il a invalidé les dispositions du régime conférant compétence exclusive à la Cour fédérale et déclaré qu’il lui appartenait, à titre de juge de la cour supérieure présidant le procès criminel, de statuer sur toute question de privilège liée à la sécurité nationale pouvant être soulevée dans le cadre de l’instance.

### C. Aperçu du régime établi par l’art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*

[16] Nous examinerons d’une façon relativement détaillée certains aspects de l’art. 38. Pour commencer, une brève description de ses dispositions sera utile.

[17] Le régime établi par l’art. 38 institue une procédure régissant l’utilisation et la protection des renseignements « sensibles » ou « potentiellement préjudiciables ». Ces termes sont définis ainsi dans la Loi :

« renseignements potentiellement préjudiciables » Les renseignements qui, s’ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

« renseignements sensibles » Les renseignements en provenance du Canada ou de l’étranger, qui concernent les affaires internationales ou la défense ou la sécurité nationales, qui se trouvent en la possession du gouvernement du Canada et qui sont du type des renseignements à l’égard desquels celui-ci prend des mesures de protection.

L’article 38 oblige tous les participants à une instance, ainsi que les fonctionnaires non participant,

officials, to notify the Attorney General of the possibility that sensitive or potentially injurious information will be disclosed (s. 38.01).

[18] Within 10 days of receiving notice, the Attorney General must make a decision with respect to disclosure (s. 38.03(3)). Under s. 38.03(1), the Attorney General may authorize disclosure at any time and pursuant to any conditions that are deemed fit. If the party who gave notice — for example, the provincial Crown — wishes to disclose the information at issue, it may enter an agreement with the Attorney General to do so under specified conditions (s. 38.031(1)). If the Attorney General has not authorized the unconditional disclosure of the information and no disclosure agreement has been reached, the disclosure issue may be taken before the Federal Court on the initiative of the Attorney General, the Crown, the accused (if he or she has been made aware of it), or any other person who seeks the disclosure of the protected information (s. 38.04).

[19] A designated judge of the Federal Court then decides whether it is necessary to hold a hearing on the matter and, if so, who should be given notice (s. 38.04(5)). The Attorney General is required to make representations to the court concerning the identity of any persons whose interests may be affected by the disclosure order (s. 38.04(5)(a)). Some of the evidence, the records, and the oral hearing will be *ex parte* (seen and heard only by the Attorney General and the designated judge), while some will be private (seen and heard by the parties to the proceedings, but not by the public).

[20] The designated judge must first determine if disclosure of the information would be injurious to international relations, national defence, or national security. If the judge is of the view that no such injury would result, he or she may authorize disclosure (s. 38.06(1)). Otherwise, disclosure may be ordered only if the designated judge determines that the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure (s. 38.06(2)). The

à aviser le procureur général du Canada de la possibilité que des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables soient divulgués (art. 38.01).

[18] Dans les 10 jours suivant la réception de l'avis, le procureur général doit prendre une décision relative à la divulgation (par. 38.03(3)). Selon le par. 38.03(1), le procureur général peut à tout moment autoriser la divulgation et assortir son autorisation des conditions qu'il estime indiquées. Si la partie ayant donné l'avis — par exemple la Couronne provinciale — veut divulguer les renseignements en cause, elle peut conclure avec le procureur général un accord lui permettant de le faire à certaines conditions (par. 38.031(1)). Dans le cas où le procureur général n'a pas autorisé inconditionnellement la divulgation des renseignements et où aucun accord de divulgation n'a été conclu, la question de la divulgation peut être soumise à la Cour fédérale par le procureur général, la Couronne, l'accusé (s'il en a été informé) ou toute autre personne qui sollicite la divulgation des renseignements protégés (art. 38.04).

[19] Un juge désigné de la Cour fédérale décide ensuite s'il est nécessaire de tenir une audience et, dans l'affirmative, spécifie les personnes qui devraient en être avisées (par. 38.04(5)). Le procureur général est tenu de présenter à la cour des observations sur l'identité des personnes dont les intérêts sont touchés par l'ordonnance relative à la divulgation (al. 38.04(5)a)). La tenue de l'audience, l'audition de la preuve et l'examen du dossier se dérouleront en partie *ex parte* (c'est-à-dire seulement en présence du juge désigné et du représentant du procureur général) et en partie à huis clos (c'est-à-dire en présence des parties à la procédure, mais pas du public).

[20] Le juge désigné doit d'abord déterminer si la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. S'il conclut que la divulgation n'y porterait pas préjudice, il peut l'autoriser (par. 38.06(1)). Dans le cas contraire, il peut ordonner la divulgation seulement s'il détermine que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la



designated Federal Court judge may also impose conditions on disclosure and order that notification of the decision be given to any person (s. 38.07). It is the Crown's position that the division of responsibility between the Federal Court and the criminal trial courts is premised on the particular expertise of Federal Court judges in determining matters pertaining to national security.

[21] If a party wishes to contest the Federal Court order, it may be appealed to the Federal Court of Appeal, with the possibility of a further appeal to this Court (s. 38.09).

[22] Central to the scheme of s. 38 are two ministerial powers exercised by the Attorney General of Canada, one in relation to the disclosure or non-disclosure of potentially injurious or sensitive information and the other with respect to the conduct of prosecutions.

[23] First, s. 38.13 empowers the federal Attorney General to personally issue a certificate that prohibits disclosure even of information whose disclosure has been authorized by the Federal Court judge. This certificate is only subject to judicial review by a single judge of the Federal Court of Appeal, and that judge may only vary or cancel the certificate on the ground that the material it contains is not "information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity . . . or to national defence or national security" (ss. 38.13 and 38.131). In short, this narrow right of review provides no effective judicial means for challenging or correcting a debatable decision by the Attorney General in balancing the public interest in non-disclosure against the public and private interests in disclosure of the subject information.

[24] The validity of these powers has not been challenged in this case and, for present purposes, they must therefore be presumed to be constitutionally valid. That being so, we think it particularly difficult for the respondents to maintain that s. 38 is

non-divulgarion (par. 38.06(2)). Le juge désigné de la Cour fédérale peut également assortir la divulgation de conditions et ordonner au procureur général d'aviser toute personne qui devrait l'être (art. 38.07). La Couronne soutient que le partage des responsabilités entre la Cour fédérale et les cours supérieures de juridiction criminelle est fondé sur l'expertise particulière des juges de la première sur les questions touchant la sécurité nationale.

[21] La partie qui souhaite contester l'ordonnance de la Cour fédérale peut interjeter appel devant la Cour d'appel fédérale et, éventuellement, devant la Cour suprême (art. 38.09).

[22] Deux pouvoirs ministériels exercés par le procureur général du Canada sont au cœur du régime établi par l'art. 38 — l'un concerne la divulgation ou la non-divulgarion de renseignements potentiellement préjudiciables ou sensibles, et l'autre la conduite des poursuites.

[23] Premièrement, l'art. 38.13 donne au procureur général le pouvoir de délivrer personnellement un certificat interdisant même la divulgation de renseignements dont la divulgation a été autorisée par le juge de la Cour fédérale. Ce certificat n'est assujéti qu'au pouvoir de révision de la Cour d'appel fédérale, constituée dans ce cas d'un seul juge, qui peut modifier ou révoquer le certificat seulement s'il ne porte pas sur « des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère [. . .] ou qui concernent une telle entité [. . .] ni sur la défense ou la sécurité nationales » (art. 38.13 et 38.131). En bref, ce droit d'examen restreint n'offre aucun mécanisme judiciaire efficace permettant de contester ou de corriger une décision discutable prise par le procureur général quant à la recherche du juste équilibre entre les considérations d'intérêt général justifiant la non-divulgarion des renseignements en question et les raisons d'intérêt public et privé justifiant leur divulgation.

[24] La validité de ces pouvoirs n'a pas été contestée en l'espèce et leur constitutionnalité doit donc être présumée pour les besoins du présent pourvoi. Pour ces raisons, l'argument des intimés — à savoir que l'art. 38 serait inconstitutionnel au motif que

unconstitutional on the theory that disclosure decisions are inherently judicial in nature. As we will demonstrate, this is neither historically nor legally correct. The subset of this argument — that it is unconstitutional to allocate disclosure decisions to the Federal Court instead of to the judges in the criminal courts — is equally untenable, for the same reasons.

[25] As we will see, however, this authority of the Attorney General of Canada to disclose or withhold disclosure of potentially injurious or sensitive information, and on what terms, largely independently of the regular Federal Court channel, comes at a price: the potential collapse of the prosecution, whether initiated federally or provincially.

[26] Turning to the second power, the prosecutorial authority of the Attorney General is further reinforced by s. 38.15(1), which authorizes the Attorney General to assume by *fiat* exclusive control of any prosecution in connection with which sensitive or potentially injurious information may be disclosed — even where the proceedings were instituted by a provincial Attorney General.

#### D. A Practical Approach to Section 38

[27] The respondents' submissions, like the judgment below, have all assumed that because the judge presiding at a criminal trial has no right of access to potentially injurious or sensitive material, such access will not normally occur. The respondents further argue that it would be impossible for the defence to demonstrate prejudice without knowing the nature of the material and that it would be impossible for the trial judge to fashion a just and appropriate remedy under s. 38.14 or s. 24(1) of the *Charter*. Properly interpreted and applied, however, s. 38 does not command this result.

les décisions relatives à la divulgation de nature sont intrinsèquement judiciaires — nous paraît particulièrement difficile à soutenir. Comme nous allons le démontrer, cet argument n'est ni historiquement ni juridiquement exact. Le sous-argument voulant qu'il soit inconstitutionnel de confier les décisions concernant la divulgation à la Cour fédérale plutôt qu'aux juges des cours criminelles est lui aussi insoutenable, et ce, pour les mêmes raisons.

[25] Comme nous le verrons, cependant, le pouvoir ainsi conféré au procureur général du Canada de divulguer des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables ou d'en interdire la divulgation, aux conditions qu'il fixe et dans une large mesure hors de la voie normale de la Cour fédérale, a un prix : le possible effondrement de la poursuite, qu'elle ait été engagée par les autorités fédérales ou les autorités provinciales.

[26] Deuxièmement, le par. 38.15(1) renforce encore davantage le pouvoir du procureur général en matière de poursuites, en ce qu'il autorise ce dernier à délivrer un *fiat* établissant sa compétence exclusive à l'égard de toute poursuite dans laquelle des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables peuvent être divulgués — même lorsqu'elle a été engagée par le procureur général d'une province.

#### D. Approche pratique à l'égard de l'art. 38

[27] À l'instar du jugement visé par le présent pourvoi, les observations des intimés reposent sur le postulat suivant lequel, étant donné que le juge qui préside un procès criminel n'a aucun droit d'accès aux renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables, cet accès ne se réalisera normalement pas. Les intimés font également valoir qu'il serait impossible pour la défense de démontrer le préjudice subi par l'accusé sans connaître la nature des renseignements, et qu'il serait impossible pour le juge du procès d'établir une réparation convenable et juste au titre de l'art. 38.14 de la *LPC* ou du par. 24(1) de la *Charte*. Toutefois, adéquatement interprété et appliqué, l'art. 38 ne commande pas ce résultat.

[28] This Court has repeated on numerous occasions that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: E. A. Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27. Moreover, “Parliament is presumed to have intended to enact legislation in conformity with the *Charter*”: *R. v. Hamilton*, 2005 SCC 47, [2005] 2 S.C.R. 432, at para. 75; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 33.

[29] We therefore begin from the proposition that, in the absence of clear and unambiguous statutory language to the contrary, the legislation must be understood not to contemplate that trial judges would determine the impact of non-disclosure on trial fairness in a manner that would result in granting unwarranted stays or declining to grant appropriate remedies. Parliament must have been aware of these potential injustices and cannot have intended either result.

[30] Lack of disclosure in this context cannot necessarily be equated with the denial of the right to make full answer and defence resulting in an unfair trial. There will be many instances in which non-disclosure of protected information will have no bearing at all on trial fairness or where alternatives to full disclosure may provide assurances that trial fairness has not been compromised by the absence of full disclosure. For example, in the *Air India* terrorism prosecution, the prosecution and the defence reached an agreement whereby the defence was allowed to inspect documents in the possession of CSIS after giving an undertaking not to disclose the contents to anyone without permission, including the accused. In a subsequently released report on the trial, lead prosecutor Robert Wright and defence counsel Michael Code reported that “in almost every instance defence counsel were able to conclude that the material was not relevant to the proceedings”: see the Commission of Inquiry into the Investigation of the Bombing of Air India Flight 182, *Air India Flight 182*:

[28] La Cour a maintes fois répété qu’[TRADUCTION] « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : E. A. Driedger dans *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27. De plus, « il faut présumer que le législateur a voulu adopter des dispositions conformes à la *Charte* » : *R. c. Hamilton*, 2005 CSC 47, [2005] 2 R.C.S. 432, par. 75; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 33.

[29] Nous partons donc du principe que, en l’absence de termes clairs et sans ambiguïté à l’effet contraire, il faut conclure que les dispositions en cause n’envisagent pas que le juge du procès statue sur l’incidence de la non-divulgence sur l’équité du procès d’une manière qui le conduirait à accorder un arrêt injustifié des procédures ou à refuser de prendre les mesures qui s’imposent. Le législateur devait être conscient de ces injustices potentielles et ne peut avoir voulu l’un ou l’autre de ces résultats.

[30] L’absence de divulgation dans le contexte qui nous intéresse ne se traduit pas nécessairement par une privation du droit à une défense pleine et entière entraînant un procès inéquitable. En effet, dans bien des cas la non-divulgence de renseignements protégés n’aura aucune incidence sur l’équité du procès, ou alors des mesures autres que la divulgation totale pourront garantir que l’équité du procès n’est pas compromise par l’absence de divulgation totale. Par exemple, dans l’affaire de l’attentat d’*Air India*, les avocats de la poursuite et ceux de la défense ont conclu un accord permettant aux seconds d’examiner des documents détenus par le SCRS, après s’être engagés à ne pas en divulguer le contenu à quiconque — y compris à l’accusé — sans permission. Dans un rapport publié à la suite du procès, le procureur principal Robert Wright et l’avocat de la défense Michael Code ont écrit que les avocats de la défense ont pu « dans presque tous les cas, conclure que les documents n’étaient pas pertinents quant à l’instance » : voir la Commission d’enquête relative aux mesures d’investigation

*A Canadian Tragedy* (“Air India Report”) (2010), vol. 3, at p. 152.

[31] We must presume that Parliament was aware of the possibility that proceedings would be needlessly stayed if the trial judge was denied access to material that could not be disclosed for valid reasons of state secrecy. In light of the vast resources expended in investigating and prosecuting offences that implicate national security and the injustice to society that would result if such prosecutions were needlessly derailed, this cannot have been Parliament’s intention.

[32] Nor can Parliament have intended that trial judges be presented with an inadequate record or incomplete picture that could lead them to conclude, erroneously, that trial fairness will be unimpaired. As stated, Parliament is presumed to intend to enact *Charter*-compliant legislation. Even more significantly, in this case, the presumption of constitutionality is reinforced by the existence of s. 38.14, which expressly indicates that the fair trial rights of the accused must be protected — not sacrificed — in applying the other provisions of the scheme. This provision also suggests a recognition by Parliament that it is ultimately the trial judge, having experience with the criminal proceedings and having heard all of the evidence adduced, who will be best placed to make remedial decisions following a s. 38 non-disclosure order.

[33] However, the public interest will only be served if the trial judge in the criminal proceedings is able to exercise his or her discretion with an adequate understanding of the nature of the withheld information. In other words, the drastic nature of the potential remedies specified in s. 38.14 leads us to the conclusion that Parliament expected trial judges to be provided with a sufficient basis of relevant information on which to exercise their

prises à la suite de l’attentat à la bombe commis contre le vol 182 d’Air India, *Le vol 182 d’Air India : Une tragédie canadienne* (« Rapport sur l’attentat d’Air India ») (2010), vol. 3, p. 171.

[31] Nous devons présumer que le législateur était conscient de la possibilité qu’un arrêt des procédures soit inutilement prononcé si le juge du procès se voyait refuser l’accès à des renseignements ne pouvant être divulgués pour des raisons valides ayant trait au secret d’État. Vu les ressources considérables investies dans les enquêtes et les poursuites relatives aux infractions touchant la sécurité nationale, et l’injustice que causerait à la société un arrêt inutile des procédures dans les cas de cette nature, le législateur ne peut avoir voulu un tel résultat.

[32] Le législateur n’a pu vouloir non plus que le juge du procès se voie présenter un dossier inadéquat ou un tableau incomplet de l’affaire, situations susceptibles de l’amener à conclure, à tort, que l’équité du procès ne sera pas compromise. Comme nous l’avons dit plus tôt, il faut présumer que le législateur entend adopter des textes conformes à la *Charte*. Considération plus importante encore, la présomption de constitutionnalité se trouve en l’espèce renforcée par l’existence de l’art. 38.14, qui précise explicitement que les droits de l’accusé à un procès équitable doivent être protégés — et non sacrifiés — dans le cadre de l’application des autres dispositions du régime. Cette disposition semble aussi indiquer que le législateur reconnaît que, comme le juge du procès est bien au fait de l’instance criminelle et de l’ensemble de la preuve produite, c’est en fin de compte ce dernier qui est le mieux placé pour prendre les mesures protectrices qui s’imposent par suite d’une ordonnance de non-divulgaration rendue au titre de l’art. 38.

[33] Toutefois, l’intérêt public ne sera servi que si le juge du procès peut exercer son pouvoir discrétionnaire dans l’instance criminelle en ayant une compréhension suffisante de la nature des renseignements non divulgués. Autrement dit, le caractère radical des mesures mentionnées à l’art. 38.14 nous amène à conclure que le législateur s’attendait à ce que le juge du procès se voie fournir suffisamment de renseignements pertinents pour être en

remedial powers judicially and to avoid, where possible (and appropriate), the collapse of the prosecution.

[34] Trial judges are under a duty to protect the accused's constitutional right to a full and fair defence quite apart from s. 38.14. The broad remedial discretion under s. 24(1) of the *Charter* already includes the power to order any of the remedies listed in s. 38.14 of the *CEA* to prevent an unfair trial. Yet Parliament has chosen to explicitly set out a number of statutory remedies that range from the finely tailored (i.e., dismissing specified counts of the indictment) to the very blunt (a complete stay of all proceedings). Dismissing a specified count of the indictment (or proceeding only on a lesser included offence) as suggested by the legislation, would generally require a thorough enough understanding of the s. 38 information to evaluate it against specific elements of the offences charged. Conversely, if the trial judge lacks that understanding, it will often be impossible to determine what charge, element or component of the defence that information might relate to. In such circumstances, the trial judge may have no choice but to enter a stay. This possibility was referred to in argument as putting the Attorney General and the trial courts in the dilemma of playing *constitutional chicken*, an outcome which a sensible interpretation of s. 38 will help to avoid.

[35] This leads us to the further observation that the stay of proceedings remedy in s. 38.14 is a statutory remedy to be considered and applied in its own context. It should not be burdened with the non-statutory "clearest of cases" test for a stay outlined in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; and *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297. The criminal court judge

mesure d'exercer judiciairement le pouvoir conféré par cette disposition et pour éviter, lorsque cela est possible (et opportun), l'effondrement de la poursuite.

[34] Le juge du procès a l'obligation de protéger le droit constitutionnel de l'accusé à une défense pleine et entière, et ce, pour des raisons tout à fait indépendantes de l'art. 38.14. Le large pouvoir discrétionnaire en matière de réparation établi au par. 24(1) de la *Charte* comporte déjà celui de rendre les ordonnances énumérées à l'art. 38.14 de la *LPC* afin d'empêcher la tenue d'un procès inéquitable. Pourtant, le législateur a choisi d'énoncer expressément dans la loi un certain nombre de mesures, qui vont de la solution finement ciselée (l'annulation d'un chef d'accusation d'un acte d'accusation) au remède draconien (l'arrêt complet de toutes les procédures). Le juge qui voudrait, comme le prévoit la disposition, annuler un chef d'accusation d'un acte d'accusation (ou autoriser l'instruction d'un chef d'accusation pour une infraction moins grave ou incluse) devra généralement avoir une compréhension suffisamment approfondie des renseignements non divulgués en vertu de l'art. 38 pour pouvoir les apprécier au regard d'éléments précis des infractions reprochées. À l'inverse, si le juge n'a pas cette compréhension, il lui sera souvent impossible de déterminer à quel chef d'accusation, élément de l'infraction ou aspect de la défense les renseignements peuvent se rattacher. Dans un tel cas, il risque de n'avoir d'autre choix que d'ordonner l'arrêt des procédures. On a évoqué lors des plaidoiries le fait que cette possibilité place le procureur général et les tribunaux de première instance devant le dilemme de l'*intimidation constitutionnelle*, résultat qu'une interprétation sensée de l'art. 38 contribuera à éviter.

[35] Cela nous amène à faire une autre observation. L'arrêt des procédures envisagé à l'art. 38.14 est une réparation prévue par un texte législatif, qui doit être considérée et appliquée dans le contexte qui lui est propre. Il ne faut pas en alourdir l'application en recourant au critère des « cas les plus manifestes » en telle matière, lequel n'est pas établi par un texte de loi mais a été exposé dans *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Keyowski*, [1988]

may be placed in a position of trying to determine an appropriate remedy where lack of disclosure has made it impossible to determine whether proceeding with a trial in its absence would truly violate “the community’s sense of fair play and decency” (*Jewitt*, at p. 135). Nevertheless, the legislative compromise made in s. 38 will require a stay in such circumstances if the trial judge is simply unable to conclude affirmatively that the right to a fair trial, including the right of the accused to a full and fair defence, has not been compromised.

[36] With those observations in mind, we turn to an analysis of specific aspects of the s. 38 scheme.

(1) *The Trial Judge Ought to Receive Notice of a Section 38 Application*

[37] Parliament did not intend for trial judges to exercise their authority under s. 38.14 other than judicially. To this end, the Attorney General, as the chief law officer of the Crown, and the Crown prosecutor, pursuant to his or her duties of fairness, should take all steps available to them within the limits imposed by the legislation to provide trial judges with the information required to discharge both the duty to safeguard the fair trial rights of the accused as well as the obligation to Canadian society not to grant unwarranted stays of proceedings.

[38] Section 38.04(5)(b) contemplates that the Federal Court judge may proceed without a hearing simply on the representations of the Attorney General of Canada (or in defence matters the Minister of National Defence). It is only “if” the designated judge decides to proceed to a hearing that he or she will “determine who should be given notice of the hearing” (s. 38.04(5)(c)(i)).

1 R.C.S. 657; *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411 et *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297. Il peut arriver que le juge de la cour criminelle se trouve dans la situation où il lui faut essayer de trouver quelle mesure est appropriée lorsque, du fait de l’absence de divulgation, il est impossible de déterminer si le déroulement du procès dans ces conditions porterait véritablement atteinte au « sens du franc-jeu et de la décence qu’a la société » (*Jewitt*, p. 135). Néanmoins, le compromis législatif établi à l’art. 38 commandera l’arrêt des procédures dans de telles circonstances, si le juge du procès est tout simplement incapable de conclure positivement que le droit à un procès équitable — y compris le droit de l’accusé à une défense pleine et entière — n’a pas été compromis.

[36] Tout en gardant ces observations à l’esprit, passons maintenant à l’analyse de certains aspects particuliers du régime de l’art. 38.

(1) *Le juge du procès devrait être avisé de la présentation d’une demande fondée sur l’art. 38*

[37] Le législateur n’entendait pas que le juge du procès exerce autrement que d’une manière judiciaire le pouvoir que lui confère l’art. 38.14. À cette fin, le procureur général, en sa qualité de premier conseiller juridique de l’État, et le procureur de la Couronne, conformément à son devoir d’équité, doivent prendre tous les moyens dont ils disposent — dans les limites imposées par le texte de loi — afin de fournir au juge du procès les renseignements dont il a besoin pour s’acquitter à la fois de son obligation de protéger le droit de l’accusé à un procès équitable et de l’obligation qu’il a, envers la société canadienne, de ne pas ordonner sans justification l’arrêt des procédures.

[38] Selon l’alinéa 38.04(5)b), le juge de la Cour fédérale peut statuer sur la demande sans tenir d’audience, en se fondant uniquement sur les observations du procureur général du Canada (ou du ministre de la Défense nationale dans le cas d’une instance concernant celle-ci). C’est seulement « s’il » estime qu’une audience est nécessaire que le juge désigné « spécifie les personnes qui devraient en être avisées » (sous-al. 38.04(5)c)(i)).

[39] In the context of criminal proceedings, it is our view that unless the designated judge decides without a hearing that the information in question should be disclosed to the criminal court, there must be a hearing on the disclosure issues, and that s. 38.04(5) should be read as requiring notice to the criminal court that a s. 38 proceeding has been commenced in Federal Court. Although s. 38.04(5)(c)(i) may at first blush appear to grant Federal Court judges a wide discretion in determining who “should” be given notice, this Court has held in the past that “[e]nabling words are always compulsory where they are words [used] to effectuate a legal right”: *Labour Relations Board of Saskatchewan v. The Queen*, [1956] S.C.R. 82, at p. 87. Given that the criminal trial judge will require notice to effectively discharge the duty to protect the accused’s legal rights under the *Charter*, it will always be the case (subject of course to the other provisions of that Act) that he or she “should” be given notice. The word “may” in s. 38.07 will similarly be understood to require that notice of the Federal Court judge’s final order be given to the trial judge. Although the determination *whether* to give notice to a criminal trial judge is not discretionary, the *content* of that notice remains at the discretion of the designated judge. This will vary with the different circumstances of each case.

[40] Similarly, absent compelling reasons to the contrary, the Federal Court judge should generally order that notice of the existence of the proceedings in the Federal Court be given to the accused in the criminal trial. This is not the occasion for the Court to pronounce in detail on how the notice provisions in s. 38.04 interact with the s. 38.02 prohibition of disclosure of the existence of proceedings in the Federal Court. It is clear, however, that there is sufficient flexibility in the overall scheme to permit notice to be given whenever possible and appropriate.

[39] Dans le contexte d’une instance criminelle, nous sommes d’avis qu’une audience doit être tenue sur les questions relatives à la divulgation, à moins que le juge désigné décide, sans tenir d’audience, que les renseignements en cause devraient être divulgués à la cour criminelle. Nous sommes également d’avis que le par. 38.04(5) a pour effet d’exiger que la cour criminelle soit avisée du dépôt à la Cour fédérale d’une demande fondée sur l’art. 38. Bien que les juges de la Cour fédérale semblent à première vue se voir accorder par le sous-al. 38.04(5)(c)(i) une grande latitude pour déterminer les personnes qui « devraient » être avisées, notre Cour a statué par le passé que [TRADUCTION] « [l]es dispositions portant autorisation sont toujours obligatoires lorsqu’elles ont pour objet de reconnaître un droit » : *Labour Relations Board of Saskatchewan c. The Queen*, [1956] R.C.S. 82, p. 87. Comme le juge qui préside un procès criminel doit recevoir cet avis pour être en mesure de s’acquitter efficacement de son obligation de protéger les garanties juridiques reconnues à l’accusé par la *Charte*, il fera toujours partie (sous réserve évidemment des autres dispositions de la Loi) des personnes qui « devraient » être avisées. Le mot « peut » à l’art. 38.07 a lui aussi pour effet d’exiger que le juge du procès soit avisé de l’ordonnance définitive rendue par le juge de la Cour fédérale. Bien que la question de savoir *si* un avis doit être donné au juge du procès criminel n’ait pas un caractère discrétionnaire, le *contenu* de cet avis relève du pouvoir discrétionnaire du juge désigné. Ce contenu variera selon les circonstances de chaque cas.

[40] De même, sauf raisons impérieuses à l’effet contraire, le juge de la Cour fédérale doit généralement ordonner que la personne accusée dans le procès criminel soit avisée de l’existence de l’instance engagée en Cour fédérale. Le présent pourvoi n’est pas l’occasion pour la Cour de se prononcer en détail sur la façon dont les dispositions de l’art. 38.04 relatives aux avis interagissent avec l’interdiction de divulgation de l’existence d’une instance devant la Cour fédérale, que prévoit l’art. 38.02. Toutefois, il est clair que, globalement, le régime est suffisamment souple pour permettre que soit donné un avis à cet effet chaque fois qu’une telle mesure est possible et appropriée.

(2) *Empowering the Trial Judge to Exercise the Section 38 Discretion Judicially*

[41] The broad discretion conferred by s. 38 must be interpreted in accordance with the purpose of the legislation, which is to balance the public interest in secrecy against the public interest in the effective administration of a fair system of justice. This purpose requires that trial judges have the information required to discharge their duties under the *CEA* and the *Charter* in an informed and judicial manner.

[42] The notice given under s. 38.04(5) will trigger s. 38.14, at which point the trial judge will be bound to consider the impact of non-disclosure on trial fairness. In order to discharge this duty, the trial judge will require some information about the withheld information. In some cases, a summary may be sufficient, while in other instances, more extensive access will be required.

[43] As noted earlier, the Attorney General of Canada has the ultimate power to disclose — or refuse to disclose — relevant information under the s. 38.03(1) certificate power. This provision permits the Attorney General to make disclosure “at any time and subject to any conditions” of “all or part of the information”. Where a case is prosecuted by a provincial Crown, ss. 38.031 and 38.04(6) would allow the Crown to make an agreement with the Attorney General enabling the province to make partial or conditional disclosure of the information to the trial judge. If the Attorney General declines to do so, and in the result puts the trial judge in the position of having to consider a stay of the criminal proceedings, that is a decision for the Attorney General to make, having regard of course to the potential adverse consequences for the prosecution.

[44] Section 38 creates a scheme that is designed to operate flexibly. It permits conditional,

(2) *Le juge du procès doit être en mesure d'exercer judiciairement le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 38*

[41] Le pouvoir discrétionnaire étendu conféré par l'art. 38 doit être interprété en fonction de l'objet de la loi, à savoir la recherche du juste équilibre entre l'intérêt public en matière de secret d'État et l'intérêt public relatif à l'administration efficace d'un système de justice équitable. Cela suppose que le juge du procès dispose des renseignements nécessaires pour s'acquitter, de façon judiciaire et éclairée, des obligations que lui imposent la *LPC* et la *Charte*.

[42] L'avis donné en vertu du par. 38.04(5) déclenchera l'entrée en jeu de l'art. 38.14 et le juge du procès sera alors tenu de prendre en considération l'incidence de la non-divulgence sur l'équité du procès. Afin de s'acquitter de cette obligation, il aura généralement besoin de certaines informations au sujet des renseignements dont la divulgation est interdite. Dans certains cas, un résumé pourra suffire, alors que dans d'autres, un accès plus étendu aux renseignements sera nécessaire.

[43] Comme nous l'avons indiqué précédemment, le procureur général du Canada a le pouvoir ultime de divulguer — ou de refuser de divulguer — des renseignements pertinents en vertu du par. 38.03(1). Cette disposition lui permet d'autoriser « à tout moment » la divulgation « de tout ou partie des renseignements » selon les « conditions qu'il estime indiquées ». Lorsque des poursuites sont engagées par la Couronne provinciale, l'art. 38.031 et le par. 38.04(6) donnent à celle-ci la possibilité de conclure avec le procureur général un accord permettant à la province de divulguer les renseignements au juge du procès soit en partie, soit à certaines conditions. Si le procureur général refuse de procéder à la divulgation et que, pour cette raison, le juge du procès doit envisager l'arrêt des procédures criminelles, la décision appartiendra au procureur général, lequel devra bien sûr tenir compte des conséquences négatives possibles pour la poursuite.

[44] L'article 38 institue un régime que le législateur a voulu empreint de souplesse. Diverses



partial and restricted disclosure in various sections. Section 38.06(1) affirmatively requires the Federal Court judge to consider the public interest in making disclosure along with what conditions are “most likely to limit any injury to international relations or national defence or national security” (s. 38.06(2)). In making this determination, the Federal Court judge may authorize partial or conditional disclosure to the trial judge, provide a summary of the information, or advise the trial judge that certain facts sought to be established by an accused may be assumed to be true for the purposes of the criminal proceeding. One example of how this might work in practice can be found in *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FC 490, [2008] 1 F.C.R. 547, appeal allowed on other grounds, 2007 FCA 342, 370 N.R. 128, where the Federal Court judge disclosed a summary of the material being withheld under s. 38 to counsel for the parties, and directed that it be made available to the trial judge and prosecutor if necessary to determine whether the fair trial rights of the accused had been infringed (para. 187).

[45] The problems created by the division of judicial responsibilities may be addressed in different ways. For example, a Federal Court judge exercising the discretion conferred by s. 38.06(2) might find that the only condition required in order to authorize disclosure to the criminal court judge without risking injury to national security is that he or she not reveal the information to the accused, or a condition that the information be reviewed in a designated secure facility. Disclosure of the information to the trial judge alone, as is the norm in other jurisdictions, and for the sole purpose of determining the impact of non-disclosure on the fairness of the trial, will often be the most appropriate option. This is particularly true in light of the minimal risk of providing such access to a trial judge, who is entrusted with the powers and responsibilities of high public office.

dispositions autorisent une divulgation conditionnelle, partielle ou encore limitée. Le paragraphe 38.06(1) impose expressément au juge de la Cour fédérale l’obligation de tenir compte des raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation, ainsi que des conditions de divulgation « les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales » (par. 38.06(2)). Lorsqu’il rend sa décision, le juge de la Cour fédérale peut autoriser la divulgation partielle, ou assortie de certaines conditions, des renseignements au juge du procès, lui en fournir un résumé ou l’aviser que certains faits que l’accusé veut établir peuvent être tenus pour avérés pour les besoins du procès. On trouve un exemple de la façon dont les choses peuvent se passer dans la pratique dans *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547, appel accueilli pour d’autres motifs, 2007 CAF 342 (CanLII). Dans cette affaire, le juge de la Cour fédérale a communiqué aux avocats des parties un résumé des renseignements dont la divulgation avait été interdite en vertu de l’art. 38, et ordonné que ce résumé soit mis à la disposition du poursuivant et du juge du procès au cas où il deviendrait nécessaire que ce dernier détermine s’il y avait eu atteinte au droit de l’accusé à un procès équitable (par. 187).

[45] Les problèmes que crée le partage des responsabilités entre les tribunaux peuvent être résolus de différentes manières. Par exemple, le juge de la Cour fédérale exerçant le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 38.06(2) pourrait estimer qu’il est possible d’autoriser la divulgation de renseignements au juge de la cour criminelle sans risquer de porter préjudice à la sécurité nationale, en posant comme seule condition que ce dernier ne divulgue pas les renseignements à l’accusé ou qu’il les examine dans un lieu protégé désigné. La divulgation des renseignements au juge du procès seulement, comme c’est la norme dans d’autres pays, et à seule fin de déterminer l’incidence de leur non-divulgation sur l’équité du procès, s’avérera souvent la solution la plus appropriée. Cela est particulièrement vrai si l’on tient compte du risque minimal que présente le fait de donner cet accès au juge présidant un procès, personne investie des pouvoirs et responsabilités d’une charge publique élevée.

[46] Crown counsel will also have an important role to play as the proceedings unfold. For example, if it becomes obvious to the Crown that non-disclosure under s. 38 will significantly and irreparably impact trial fairness, then the Crown itself ought normally to enter a stay of proceedings.

[47] Under some circumstances, the trial judge might conclude that it is not possible to assess the relevance of the withheld material without submissions from a counsel opposed in interest to the prosecution. In such a situation, the appointment of a security-cleared special advocate could prove to be beneficial if he or she is adequately informed of the matters in issue by authorization of the Attorney General of Canada under s. 38.03. In *Charkaoui*, we discussed the advantages and some disadvantages of resort to the special advocate systems employed in other contexts in Canada and (subsequently) in the United Kingdom. Since then, a statutory regime for special advocates has been created under the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“*IRPA*”). While there are numerous criticisms of the special counsel procedure under the *IRPA*, and we do not by any means discount the weight of these criticisms, it is nevertheless the case that the assistance of a special counsel might be of considerable help (depending on the circumstances) to the judge presiding at a criminal trial attempting to determine the effect of s. 38 non-disclosure on what s. 38.14(1) itself describes as “protect[ion of the] right . . . to a fair trial”.

[48] In the *Air India Report*, the Honourable John C. Major, Q.C. (the “Commissioner”) noted that the *IRPA* regime “has led to the creation of a cadre of security-cleared lawyers with experience in matters involving national security confidentiality” (vol. 3, at pp. 167-68) and recommended that these special advocates be permitted to protect the accused’s interests during s. 38 applications. In reaching this conclusion, the Commissioner noted that there was extensive support before him for the use of special advocates in s. 38 proceedings: see

[46] Les avocats de la Couronne auront également un rôle important à jouer dans le déroulement de l’instance. Par exemple, s’il devient évident pour la Couronne que la non-divulgence de renseignements ordonnée en vertu de l’art. 38 portera atteinte à l’équité du procès de façon importante et irréparable, elle devrait normalement inscrire elle-même un arrêt des procédures.

[47] Dans certaines circonstances, le juge du procès pourrait conclure qu’il ne peut pas se prononcer sur la pertinence des renseignements visés par l’ordonnance de non-divulgence sans les observations d’un avocat opposé à la poursuite. La désignation d’un avocat spécial possédant une autorisation de sécurité pourrait alors se révéler utile si ce dernier est adéquatement informé de la question au moyen d’une autorisation donnée par le procureur général du Canada en vertu de l’art. 38.03. Dans l’arrêt *Charkaoui*, nous avons analysé les avantages et certains désavantages du recours au système de représentant spécial utilisé dans d’autres contextes au Canada et (ultérieurement) au Royaume-Uni. Depuis, un régime d’avocats spéciaux a été établi dans la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« *LIPR* »). Si le mécanisme de l’avocat spécial établi dans la *LIPR* a fait l’objet de nombreuses critiques dont nous ne minimisons aucunement le poids, il n’en demeure pas moins que l’assistance d’un avocat spécial pourrait se révéler d’une très grande utilité (selon les circonstances) pour le juge qui préside le procès criminel et qui tente de déterminer l’effet de la non-divulgence ordonnée sous le régime de l’art. 38 sur ce que le par. 38.14(1) lui-même décrit comme la « prot[ection du] droit [. . .] à un procès équitable ».

[48] Dans le rapport sur l’attentat d’*Air India*, l’honorable John C. Major, c.r. (le « commissaire »), a signalé que le régime établi par la *LIPR* « a donné lieu à la création d’un groupe d’avocats chevronnés ayant une habilitation de sécurité dans des poursuites mettant en cause des questions de confidentialité pour raisons de sécurité nationale » (vol. 3, p. 188) et a recommandé que ces avocats spéciaux soient autorisés à protéger les droits de l’accusé dans le cadre des demandes fondées sur l’art. 38. En arrivant à cette conclusion, le commissaire a souligné

Air India Report, at pp. 167-69 (citing the recommendations of the House of Commons and Senate committees that reviewed the operation of the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, as well as submissions from the Federation of Law Societies of Canada, the Canadian Bar Association, and the Criminal Lawyers' Association, and also noting that the Federal Court has already appointed security-cleared *amici curiae* to assist it in s. 38 proceedings).

[49] We recognize that the procedural flexibility of the s. 38 scheme allows for arrangements (such as the one that was reached between the prosecution and the defence in the *Malik* prosecution previously discussed), whereby defence counsel might be allowed to access the withheld material on an undertaking not to disclose it to the accused. However, we would urge caution in resorting to such procedures. In *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389, we noted that even where the client's consent is obtained, arrangements of this nature will "at best, strain the necessary relationship between defence counsel and their accused clients" (para. 45). At worst, such arrangements may place lawyers in a conflict between their duty to represent the best interests of their client and their duty to honour the undertakings they have given with respect to the privileged information, such that they are forced to withdraw their representation (para. 46).

[50] The flexible procedures under s. 38 may be contrasted with the inflexible treatment of Cabinet confidences in s. 39(1) at issue in *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3, which states:

**39.** (1) Where a minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying

que le recours à des avocats spéciaux dans le cadre de procédures relatives à l'art. 38 bénéficiait d'un appui généralisé : voir le rapport sur l'attentat d'Air India, p. 188-190 (citant les recommandations des comités de la Chambre des communes et du Sénat ayant examiné le fonctionnement de la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, de même que les observations de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, de l'Association du Barreau canadien et de la Criminal Lawyers' Association, et mentionnant également que la Cour fédérale a déjà nommé des *amici curiae* ayant l'habilitation de sécurité voulue pour l'aider dans des procédures fondées sur l'art. 38).

[49] Certes, nous reconnaissons qu'en raison de sa souplesse procédurale le régime de l'art. 38 autorise la conclusion d'accords (tel celui intervenu entre la poursuite et la défense dans l'affaire *Malik* examinée plus haut) susceptibles de donner aux avocats de la défense accès aux renseignements visés par l'interdiction de divulgation, moyennant leur engagement de ne pas les divulguer à l'accusé. Toutefois, nous recommandons la prudence dans le recours à cette procédure. Dans *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389, nous avons signalé que, même dans le cas où le client y a consenti, des accords de cette nature mettraient « à rude épreuve, dans le meilleur des cas, la relation qui doit nécessairement s'établir entre eux et leurs clients accusés » (par. 45). Dans le pire des cas, ils pourraient placer les avocats en situation de conflit entre leur devoir de défendre au mieux les intérêts de leur client et celui de respecter leur engagement à l'égard des renseignements protégés, ce qui les obligerait à se retirer du dossier (par. 46).

[50] La souplesse des procédures prévues par l'art. 38 contraste avec la rigidité de la règle établie au par. 39(1) à l'égard des renseignements confidentiels du Cabinet, dont il était question dans *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3, et qui est rédigée ainsi :

**39.** (1) Le tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre ou le greffier du Conseil privé s'opposent à la divulgation d'un

in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, disclosure of the information shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body.

The absolute language of s. 39 is intended to oust the developing common law approach to Cabinet confidences, which allows courts to balance the public interest in protecting confidentiality against the public interest in disclosure: *Babcock*, at paras. 19-23. We recognize that there are important substantive differences between the different disclosure provisions contained in the *CEA*. Nonetheless, one would expect Parliament to have used similarly clear language if it had intended to preclude the trial judge's access to at least a summary of the type of information that is subject to a s. 38 challenge.

(3) *The Section 38 Process May Proceed in Stages Before the Criminal Trial Judge*

[51] It will always be left to trial judges to determine whether they have a sufficient basis on which to exercise their remedial discretion judicially. If, under the arrangements that are made, there is simply not enough information to decide whether or not trial fairness has been materially affected, the trial judge must presume that the non-disclosure order has adversely affected the fairness of the trial, including the right of the accused to make full answer and defence. In such a case, rather than proceed directly to issuance of a stay, the Crown should be advised accordingly. The Attorney General will then have an opportunity to make further and better disclosure under the Attorney General certificate procedure to address the trial judge's concerns. If no (or inadequate) additional information can be provided to the trial judge, a stay of proceedings will be the presumptively appropriate remedy.

renseignement, tenu de s'en refuser la divulgation, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

La formulation absolue de l'art. 39 vise à écarter l'application des règles changeantes de la common law en matière de renseignements confidentiels du Cabinet, qui permettent aux tribunaux de mettre en balance l'intérêt du public dans la protection de la confidentialité des renseignements du Cabinet et l'intérêt du public dans la divulgation de ces renseignements (*Babcock*, par. 19 à 23). Nous reconnaissons l'existence de différences de fond importantes entre les diverses dispositions de la *LPC* régissant la divulgation. Néanmoins, on aurait pu s'attendre à ce que le législateur s'exprime de façon aussi claire s'il avait voulu empêcher le juge du procès d'avoir accès à tout le moins à un résumé du type de renseignements visés par une contestation fondée sur l'art. 38.

(3) *Le processus prévu à l'art. 38 peut se dérouler par étapes devant le juge président le procès criminel*

[51] Il appartiendra toujours au juge du procès de décider s'il dispose de suffisamment d'informations pour exercer judiciairement son pouvoir discrétionnaire en matière de réparation. Si les renseignements qui lui sont fournis en vertu des accords conclus ne lui permettent tout simplement pas de déterminer s'il y a eu une incidence véritable sur l'équité du procès, le juge du procès devra présumer que l'ordonnance de non-divulgation y a porté atteinte, et a notamment compromis le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Dans un tel cas, il devrait en informer la Couronne plutôt que d'ordonner directement l'arrêt des procédures. Le procureur général aura alors la possibilité de répondre aux préoccupations du juge en procédant à une divulgation plus poussée et de meilleure qualité en vertu de la procédure relative au certificat du procureur général. Si aucun autre renseignement ne peut être transmis au juge du procès (ou si les nouveaux renseignements pouvant être fournis sont inadéquats), l'arrêt des procédures sera vraisemblablement la réparation indiquée.

[52] It bears repeating that although stays of proceedings pursuant to the common law and the *Charter* are considered to be extraordinary in nature, they are an expressly contemplated remedy under s. 38.14 to protect the fair trial rights of the accused from the adverse impact of non-disclosure. As we have outlined above, if the legislation is applied flexibly and in light of what the trial judge requires to exercise his or her discretion judicially, and with the sense of fairness to be expected from the Attorney General and the prosecutor, stays of proceedings that, unknown to the trial judge, are not in fact warranted should be rare. Trial judges should almost always be given enough information to either order a more finely tailored remedy or, where appropriate, to conclude that no remedy is necessary. However, the *Charter* requires, and the legislation acknowledges, that where the government is withholding information and the trial judge is unable to satisfy himself or herself that non-disclosure has not adversely affected trial fairness, and no lesser step or remedy can assure it, a stay of proceedings under s. 38 must issue. Doubt, in this respect, should be resolved in favour of protecting the fair trial rights of the accused, including the right of full answer and defence.

[53] As a final note, we would add that although the trial judge will retain the discretion to decide when to order a remedy, the impact on violations or abuses “on the fairness of the trial . . . is often best assessed in the context of the trial as it unfolds”: *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680, at para. 27.

#### E. The Constitutional Analysis in Light of the Foregoing Interpretation of Section 38

[54] Having interpreted the relevant legislation, we now return to the constitutional issues before us.

[52] Il convient de répéter que, bien qu'un arrêt des procédures fondé sur la common law ou la *Charte* soit considéré comme une mesure extraordinaire, il s'agit cependant d'une ordonnance expressément prévue à l'art. 38.14 afin de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable contre les effets préjudiciables de la non-divuligation. Comme nous l'avons expliqué précédemment, si la loi est appliquée avec souplesse et en fonction de l'information dont le juge du procès a besoin pour exercer judiciairement son pouvoir discrétionnaire, et si le procureur général et le poursuivant font preuve du sens de l'équité auquel on est en droit de s'attendre, les arrêts de procédures qui, à l'insu du juge du procès, ne seraient en fait pas justifiés devraient demeurer chose rare. Le juge du procès devrait dans presque dans tous les cas se voir donner suffisamment de renseignements pour être en mesure soit de rendre une ordonnance plus finement adaptée, soit de conclure, lorsque cela est indiqué, qu'aucune mesure protectrice n'est nécessaire. Selon la *Charte* toutefois — situation d'ailleurs reconnue par les dispositions en cause —, l'arrêt des procédures doit être ordonné en vertu de l'art. 38 dans les cas où le gouvernement interdit la divulgation de renseignements et où le juge du procès est incapable de se convaincre que cette absence de divulgation n'a pas porté atteinte à l'équité du procès, et où aucune mesure moins radicale ne permettrait de le garantir. Lorsqu'il existe un doute à cet égard, il doit être résolu en faveur de la protection du droit de l'accusé à un procès équitable, y compris le droit de celui-ci à une défense pleine et entière.

[53] En terminant, nous tenons à préciser que bien que le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire de décider à quel moment il convient d'ordonner une mesure protectrice, il sera souvent « préférable de trancher cette question [l'effet des violations ou des abus sur l'équité du procès] au fur et à mesure du déroulement du procès » : *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680, par. 27.

#### E. Analyse constitutionnelle à la lumière de l'interprétation qui précède de l'art. 38

[54] Après avoir interprété les dispositions législatives pertinentes, nous revenons à l'analyse des questions constitutionnelles qui nous sont soumises.

(1) *Section 38 Does Not, as Correctly Interpreted, Violate Section 96 of the Constitution Act, 1867*

[55] A major focus of the argument before us was the trial judge's inability to access the material that is the subject of a non-disclosure order under s. 38. In cases where the trial proceeds before a superior court judge, the respondents contend, and Dawson J. accepted, that s. 38 interferes with the ability of superior court judges to "apply the Constitution" and protect the s. 7 rights of accused persons. This, the respondents submit, offends s. 96 of the *Constitution Act, 1867* by impermissibly transferring these responsibilities to the Federal Court, a non-section 96 tribunal, and by invading the "core jurisdiction" of superior courts. It also, in their submission, violates s. 7 of the *Charter*.

[56] There are three short answers to these submissions: superior courts historically did not have the jurisdiction to review Crown claims to refuse disclosure of potentially injurious or sensitive information of state; such authority is not within the protected core of superior court jurisdiction; and the challenged provisions do not prevent a trial judge presiding over a criminal prosecution from protecting the fair trial rights of an accused. Inability to rule on production does not infringe s. 96 or s. 7.

[57] It is true, of course, that the judicature provisions of the *Constitution Act, 1867* create substantive constitutional limitations on Parliament's ability to confer powers on courts or tribunals other than those established under s. 96. Although the Court has not fully explored the interaction of ss. 96 and 101, we accept for present purposes (without deciding) that the constitutional analysis proceeds as the respondents contend.

(1) *Adéquatement interprété, l'art. 38 ne viole pas l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867*

[55] Devant nous, le débat a dans une large mesure porté sur l'incapacité du juge du procès d'avoir accès aux renseignements visés par une ordonnance de non-divulgence rendue au titre de l'art. 38. Dans le cas où le procès a lieu devant un juge d'une cour supérieure, les intimés prétendent — argument qu'a retenu le juge Dawson — que l'art. 38 entrave la capacité des juges d'une telle cour d'[TRADUCTION] « appliquer la Constitution » et de protéger les droits garantis aux accusés par l'art. 7. Il porte ainsi atteinte, d'affirmer les intimés, à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en transférant illégitimement ces responsabilités à la Cour fédérale, tribunal dont la création ne relève pas de l'art. 96, et en empiétant sur la « compétence fondamentale » des cours supérieures. Selon eux, il viole en plus l'art. 7 de la *Charte*.

[56] Il existe trois courtes réponses à ces arguments : historiquement, les cours supérieures n'avaient pas compétence pour examiner les raisons invoquées par la Couronne pour refuser la divulgation de renseignements potentiellement préjudiciables ou sensibles concernant l'État; ce pouvoir ne fait pas partie de la compétence fondamentale des cours supérieures; les dispositions attaquées n'empêchent pas le juge qui préside un procès criminel de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. L'incapacité de statuer sur la production de renseignements ne contrevient ni à l'art. 96 ni à l'art. 7.

[57] Il est vrai, bien sûr, que les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives au pouvoir judiciaire créent des limites substantielles de nature constitutionnelle restreignant la capacité du législateur de conférer des pouvoirs à des tribunaux judiciaires ou autres qui ne sont pas établis en vertu de l'art. 96. Sans avoir exploré à fond l'interaction des art. 96 et 101, la Cour tient pour acquis, pour les besoins du présent pourvoi (et sans pour autant statuer sur la question), que l'analyse constitutionnelle est conforme à la thèse des intimés.

[58] They submit that to determine whether a conferral of power on a tribunal other than a s. 96 court violates s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, one first applies the test set out by Dickson J. (as he then was) in *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, and as developed in the subsequent cases. In brief, the test asks (1) whether the power conferred broadly conforms to a power or jurisdiction exercised by a superior, district or county court at the time of Confederation; (2) if so, whether the power is a judicial power; and (3) if so, whether the power is either subsidiary or ancillary to a predominantly administrative function or necessarily incidental to such a function: *Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, [1996] 1 S.C.R. 186, at para. 74.

[59] Applying this test, there is no violation of s. 96 in this case. As noted in *Re Residential Tenancies Act, 1979*, the first question requires a historical inquiry into “whether the power or jurisdiction conforms to the power or jurisdiction exercised by superior, district or county courts at the time of Confederation” (p. 734). As the Court later noted in *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, “if the power in question does not conform to one exercised by a superior court in 1867, the inquiry ends” (para. 12). Notably, the power must also have been exercised exclusively by superior courts at Confederation. For example, if jurisdiction was concurrent between superior and inferior courts, the inquiry will still end at the first stage of the *Residential Tenancies* test: *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans and Labour Standards Tribunal (N.S.)*, [1989] 1 S.C.R. 238.

[60] In 1867, Crown claims to refuse disclosure of potentially injurious or sensitive information

[58] Ils soutiennent que, pour déterminer si l’octroi de pouvoirs à un tribunal non établi en vertu de l’art. 96 viole cet article de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il faut d’abord appliquer l’analyse qui a été formulée par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, et précisée dans la jurisprudence subséquente. En résumé, cette analyse comporte les trois questions suivantes : (1) Est-ce que le pouvoir conféré correspond généralement à un pouvoir ou à une compétence qu’exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération? (2) Dans l’affirmative, s’agit-il d’un pouvoir judiciaire? (3) Si oui, est-ce que ce pouvoir est complémentaire ou accessoire d’une fonction principalement administrative ou nécessairement accessoire d’une telle fonction? (*Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*), [1996] 1 R.C.S. 186, par. 74).

[59] L’application de cette analyse amène à conclure qu’il n’y a pas atteinte à l’art. 96 en l’espèce. Comme il est mentionné dans l’arrêt *Renvoi sur la loi de 1979 sur la location résidentielle*, pour répondre à la première question, le tribunal doit se livrer à une recherche historique et déterminer « si le pouvoir ou la compétence correspond [...] au pouvoir ou à la compétence qu’exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération » (p. 734). Comme l’a plus tard indiqué notre Cour dans *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, « si le pouvoir en question n’est pas conforme à celui exercé par une cour supérieure en 1867, l’enquête s’arrête là » (par. 12). Soulignons que le pouvoir doit en outre avoir été exercé exclusivement par les cours supérieures au moment de la Confédération. Par exemple, si les cours supérieures et les tribunaux inférieurs exerçaient une compétence concurrente, l’enquête s’arrêtera aussi à la première étape de l’analyse établie dans le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle : Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans et Labour Standards Tribunal (N.-É.)*, [1989] 1 R.C.S. 238.

[60] En 1867, les motifs invoqués par la Couronne pour refuser de divulguer des renseignements

were generally considered by superior courts in Canada to be a matter of unreviewable executive prerogative: *Gugy v. Maguire* (1863), 13 L.C.R. 33 (Q.B.); *Bradley v. McIntosh* (1884), 5 O.R. 227 (C.P.). See, generally, S. G. Linstead, “The Law of Crown Privilege in Canada and Elsewhere — Part 1” (1968-1969), 3 *Ottawa L. Rev.* 79. While the law has since evolved away from this exceptionally deferential approach (see, e.g., *R. v. Snider*, [1954] S.C.R. 479, and *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637), the respondents’ argument that s. 38 is constitutionally vulnerable because it removes part of the historical jurisdiction of the superior courts is misconceived. Given that the superior courts did not exercise any such power of review at the time of Confederation, the analysis under the *Residential Tenancies Act, 1979* ends at the first question; there is no infringement of s. 96 under that test. We note that the Ontario Court of Appeal reached the same conclusion in *Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2011 ONCA 95 (CanLII), though in the context of pre-trial discovery in a civil action.

[61] However, even though the grant of power passes the *Residential Tenancies* test, it will be unconstitutional if the legislation purports to confer exclusive jurisdiction respecting a matter within the core jurisdiction of s. 96 courts: *MacMillan Bloedel*, at paras. 27-28. A power that is “integral” to the operation of superior courts is part of the “core or inherent jurisdiction” that cannot be stripped from the superior court (para. 15) without violating s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. An element of the superior court’s “inherent jurisdiction” is the power to enforce its own orders and maintain its dignity and respect (paras. 33 and 37). In *Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, at para. 56, Lamer C.J. further refined the definition of the “core” jurisdiction, stating that it included

potentiellement préjudiciables ou sensibles étaient généralement considérés par les cours supérieures du Canada comme relevant d’une prérogative de l’exécutif non susceptible de révision : *Gugy c. Maguire* (1863), 13 L.C.R. 33 (B.R.); *Bradley c. McIntosh* (1884), 5 O.R. 227 (C.P.). Voir, de façon générale, S. G. Linstead, « The Law of Crown Privilege in Canada and Elsewhere — Part 1 » (1968-1969) 3 *R.D. Ottawa* 79. Bien que le droit se soit depuis écarté de cette déférence exceptionnelle (voir, p. ex., *R. c. Snider*, [1954] R.C.S. 479 et *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637), l’argument des intimés selon lequel l’art. 38 est vulnérable sur le plan constitutionnel parce qu’il enlève aux cours supérieures une partie de leur compétence historique est mal fondé. Étant donné que les cours supérieures n’exerçaient aucun pouvoir de contrôle semblable à l’époque de la Confédération, l’analyse prescrite par le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle* se termine à la première question : il n’y a pas d’atteinte à l’art. 96 selon cette analyse. Nous constatons que la Cour d’appel de l’Ontario a tiré la même conclusion dans l’arrêt *Abou-Elmaati c. Canada (Attorney General)*, 2011 ONCA 95 (CanLII), quoique dans le contexte d’une enquête préalable dans une action civile.

[61] Même dans le cas où l’attribution de pouvoir satisfait à l’analyse établie dans le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, elle sera toutefois inconstitutionnelle si le législateur entendait conférer une compétence exclusive sur une question relevant de la compétence fondamentale des tribunaux constitués en vertu de l’art. 96 : *MacMillan Bloedel Ltd.*, par. 27-28. Un pouvoir qui « fait partie intégrante » du fonctionnement des cours supérieures appartient à la « compétence fondamentale ou inhérente » qu’on ne peut leur retirer (par. 15) sans violer l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Un élément de la « compétence inhérente » de la cour supérieure est le pouvoir de [TRADUCTION] « faire observer sa propre procédure et de maintenir sa dignité et le respect qui lui est dû » (par. 33 et 37). Dans le *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, au par. 56, le juge en chef Lamer a précisé encore davantage la définition de compétence « fondamentale », affirmant ce qui suit :



... only critically important jurisdictions which are essential to the existence of a superior court of inherent jurisdiction and to the preservation of its foundational role within our legal system.

The respondents contend that s. 38 has the effect of removing the core jurisdiction of a s. 96 court to safeguard the fair trial rights of an accused.

[62] It is true that a superior court's ability to adjudicate the constitutional issues that come before it forms a part of the essential core described by Lamer C.J. in the cases cited above. However, our view is that this is not what is truly in issue in this case. Proper characterization of the subject matter of the challenged power is critical.

[63] *MacMillan Bloedel* insisted that “[a] proper characterization [of the subject matter] for s. 96 purposes must be narrow and consider the nature of the dispute” (para. 25). Similarly in *Babcock*, at paras. 58-61, where the constitutional challenge related to the non-disclosure of Cabinet confidences under s. 39 of the *CEA*, the Court precisely characterized the dispute as a “superior court[’s ability] to compe[ll] disclosure of Cabinet [and Privy Council] confidences” (para. 58), not the much broader formulation as to whether s. 39 limited the “courts’ ability to control their own process” (para. 59).

[64] The issue here is not properly characterized as the authority of the superior court to protect the integrity of its process; that authority is acknowledged by Parliament in s. 38.14. Rather, the issue here relates to authority in relation to disclosure of material for which the security exemption is claimed. When the issue is characterized in that way, as it was in *Babcock*, s. 38 of the *CEA* does not violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867* because it does not “in and of itself, impede a court’s power to remedy abuses of process” (*Babcock*, at para. 60).

... [elle] ne comprend que les pouvoirs qui ont une importance cruciale et qui sont essentiels à l’existence d’une cour supérieure dotée de pouvoirs inhérents et au maintien de son rôle vital au sein de notre système juridique.

Selon les intimés, l’art. 38 a pour effet d’enlever à un tribunal constitué en vertu de l’art. 96 la compétence fondamentale que constitue la protection du droit de l’accusé à un procès équitable.

[62] Il est vrai que le pouvoir d’une cour supérieure de statuer sur les questions constitutionnelles qui lui sont soumises fait partie de la compétence fondamentale décrite par le juge en chef Lamer dans les décisions susmentionnées. Nous sommes cependant d’avis que ce n’est pas véritablement de cela qu’il est question dans le présent pourvoi. Il est donc essentiel de bien qualifier l’objet du pouvoir contesté.

[63] Dans *MacMillan Bloedel*, la Cour a insisté sur le fait qu’« [u]ne bonne qualification [de l’objet du litige] aux fins de l’art. 96 doit être restrictive et tenir compte de la nature du litige » (par. 25). De même, aux par. 58 à 61 de l’arrêt *Babcock*, affaire dans laquelle la contestation constitutionnelle portait sur la non-divulgence de renseignements confidentiels du Cabinet en vertu de l’art. 39 de la *LCP*, la Cour a qualifié précisément le litige comme ayant trait à [TRADUCTION] « la possibilité pour une cour supérieure d’ordonner la divulgation de renseignements confidentiels du Cabinet et du Conseil privé » (par. 58) et non à la question beaucoup plus large de savoir si l’art. 39 portait atteinte à la « capacité [d’une cour supérieure] de contrôler sa propre procédure » (par. 59).

[64] En l’espèce, le litige ne concerne pas à proprement parler le pouvoir de la cour supérieure de protéger l’intégrité de sa procédure; ce pouvoir a été reconnu par le législateur à l’art. 38.14. Il porte plutôt sur le pouvoir relatif à la divulgation de renseignements à l’égard desquels l’exemption relative à la sécurité est invoquée. Lorsque la question est définie ainsi, comme elle l’était dans *Babcock*, l’art. 38 de la *LPC* ne viole pas l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, parce qu’il « n’empêche pas en soi un tribunal d’exercer son pouvoir de remédier aux abus de procédure » (*Babcock*, par. 60).

[65] What is essential for constitutional purposes is that the criminal courts retain the ability to ensure that every person who comes before them as the subject of a criminal prosecution receives a fundamentally fair trial. What is recognized in both s. 24(1) of the *Charter* and s. 38.14 of the *CEA* is that sometimes the only way to avoid an “[un]fair” trial is to have no trial at all. As we have explained, through s. 38.14 and the *Charter*, the criminal court trial judge possesses the means to safeguard the accused’s fair trial rights.

(2) *Division of Judicial Responsibilities Does Not Infringe Section 7*

[66] For similar reasons, the respondents’ s. 7 challenge to the legislation must also fail.

[67] In the court below, Dawson J. held that the removal of the disclosure determination from the criminal courts to the Federal Court and his inability to review the withheld information had the effect of “preventing th[e Superior Court] from protecting and enforcing the rights of an accused to disclosure and to full answer and defence” (para. 11). Dawson J. held that the resolution of the disclosure issue and the determination of whether there had been a violation of the accused’s right to timely disclosure as guaranteed by s. 7 of the *Charter* were “so fundamentally intertwined” that they could not be separated (para. 101). In his view, an “incorrect” non-disclosure order by the Federal Court would likely result in a violation of the accused’s s. 7 rights. He concluded that depriving the Superior Court of the ability to resolve the privilege issue in the usual way necessarily prevented him from determining whether there was a breach of the accused’s *Charter* rights. With respect, we disagree.

[65] L’essentiel, sur le plan constitutionnel, c’est que les cours criminelles conservent la faculté de s’assurer que chaque personne qui comparait devant elles pour répondre à des accusations criminelles jouisse d’un procès fondamentalement équitable. Ce qui est reconnu à la fois au par. 24(1) de la *Charte* et à l’art. 38.14 de la *LPC*, c’est que parfois la seule façon d’éviter un procès « [in]équitable » est qu’il n’y ait pas de procès du tout. Comme nous l’avons expliqué, le juge d’une cour criminelle dispose, grâce à l’art. 38.14 et à la *Charte*, des moyens de protéger le droit de l’accusé à un procès équitable.

(2) *Le partage des responsabilités entre les tribunaux ne porte pas atteinte à l’art. 7*

[66] Pour des raisons analogues, la contestation des intimés fondée sur l’art. 7 doit elle aussi être rejetée.

[67] Le juge Dawson de la Cour supérieure de justice de l’Ontario a conclu que le retrait aux cours criminelles, en faveur de la Cour fédérale, du pouvoir de statuer sur la question de la divulgation, ainsi que l’impossibilité pour lui d’examiner les renseignements visés par l’interdiction de divulgation ont eu pour effet d’[TRADUCTION] « empêcher l[la Cour supérieure de justice] de protéger et faire respecter les droits de l’accusé en matière de divulgation et de défense pleine et entière » (par. 11). Selon le juge Dawson, la décision relative à la divulgation des renseignements et celle de savoir s’il y a eu violation du droit de l’accusé à la communication de la preuve en temps utile — garanti par l’art. 7 de la *Charte* — étaient des questions [TRADUCTION] « si inextricablement liées » qu’elles ne pouvaient être dissociées (par. 101). À son avis, une ordonnance de non-divulgation « mal fondée » prononcée par la Cour fédérale porterait vraisemblablement atteinte aux droits garantis à l’accusé par l’art. 7. Il a jugé que le fait de priver la Cour supérieure de justice du pouvoir de statuer de la façon habituelle sur la question relative au privilège l’empêchait nécessairement de déterminer s’il y avait atteinte aux droits reconnus à l’accusé par la *Charte*. Avec égards pour l’opinion exprimée par le juge Dawson, nous ne partageons pas cet avis.

[68] Parliament's understanding of the respective roles of judges conducting criminal trials and Federal Court judges is perhaps best understood by reference to the following exchange made before the Special Senate Committee on the Subject Matter of Bill C-36, Issue No. 1, 1st Sess., 37th Parl., October 22, 2001:

**Mr. Piragoff:** . . . The certificate issued by the Attorney General, which other senators have asked about, would be the ultimate guarantee that information such as sources of information and names of informers would not be made public.

**Senator Kelleher:** Would we not be hit by the judge? That is my concern.

**Mr. Piragoff:** The legislation recognizes that if the Attorney General exercises power to withhold information, the trial judge could assess the impact of not having that information upon a trial. That could involve dismissing the case.

Other amendments try to get as much information to that trial judge as possible. The Federal Court judge will try, for example, to make an edited copy or indicate that for the purposes of a trial, certain facts may be assumed to exist to try to keep the trial alive, but it is up to the trial judge in the provincial court who is conducting a murder trial to finally rule on whether there could be a fair trial without the information. That is at that judge's discretion, not at the Federal Court's discretion.

**Senator Kelleher:** That is what troubles me.

**Mr. Piragoff:** We are now balancing two issues. We are balancing the interests of the state to protect information and the interests of the accused to have a fair trial, which is protected by the Charter. There may be situations where both of those cannot be reconciled and it then becomes a question of whether the prosecution of the individual or the protection of the information is more important in a particular situation. That is a difficult choice, but it is a stark choice that may have to be made sometimes. [Emphasis added; pp. 63-64.]

The Federal Court judge's sole concern under the scheme is the protection of the public interest in sensitive or potentially injurious information. If the Federal Court determines that the disclosure of the

[68] Pour bien comprendre la façon dont le législateur conçoit le rôle respectif des juges qui président les procès criminels et des juges de la Cour fédérale, il convient sans doute de se reporter à l'échange suivant, qui a eu lieu devant le Comité sénatorial spécial sur la teneur du projet de loi C-36, fascicule n<sup>o</sup> 1, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 22 octobre 2001 :

**M. Piragoff :** . . . Le certificat émis par le procureur général, au sujet duquel d'autres sénateurs ont posé des questions, sera la garantie ultime que des renseignements tels que les sources d'information et les noms des informateurs ne seront pas divulgués.

**Le sénateur Kelleher :** Le juge ne va pas nous taper dessus? C'est ce qui m'inquiète.

**M. Piragoff :** La loi reconnaît que, si le procureur général exerce le pouvoir de retenir des renseignements, le juge de première instance peut évaluer les conséquences que la non-divulgence des renseignements en question peut avoir sur un procès. Cela pourrait entraîner un non-lieu.

D'autres modifications visent à communiquer le maximum de renseignements à ce juge de première instance. Le juge de la Cour fédérale essaiera, par exemple, de préparer une copie aseptisée ou dira qu'aux fins du procès, on peut supposer l'existence de certains faits. Mais dans un procès pour meurtre, par exemple, c'est au juge de première instance de la Cour provinciale qu'il revient de décider s'il est possible de tenir un procès équitable sans les renseignements en question. C'est laissé à la discrétion du juge et non pas de la Cour fédérale.

**Le sénateur Kelleher :** C'est ce qui m'inquiète.

**M. Piragoff :** Il y a deux choses qui entrent en ligne de compte. Il y a, d'une part, l'intérêt de l'État à protéger certains renseignements et d'autre part, l'intérêt de l'accusé à avoir un procès équitable, un droit qui est protégé par la Charte. Il peut arriver que les deux intérêts ne puissent pas être conciliés et il s'agit alors de voir si, dans les circonstances, il est plus important de poursuivre l'intéressé ou de protéger les renseignements. C'est un choix difficile, mais il peut être parfois nécessaire de le faire. [Je souligne; p. 63-64.]

Sous le régime établi par l'art. 38, l'unique souci du juge de la Cour fédérale consiste à protéger l'intérêt du public à l'égard des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables. Si la Cour fédérale

information at issue would be injurious to international relations or national defence or national security, then disclosure will only be ordered by that court if in its view the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure (ss. 38.06(1) and (2)). While the public certainly has an interest in the effective administration of justice, or “keep[ing] the trial alive”, s. 38 recognizes that an unfair trial is not an option. Dawson J. was not deprived of the ability to adjudicate the *Charter* issues that flowed from the non-disclosure order. While it is true that the legislation deprives trial judges of the ability to order the disclosure or even their own inspection of material that is withheld pursuant to s. 38, they retain the ability in the absence of such access to order whatever remedy pursuant to the *Charter* and s. 38.14 is required to protect the accused’s right to a fair trial. When it enacted s. 38 of the *CEA*, Parliament was aware that limiting the trial judge’s power to order disclosure may lead to the imposition of a more drastic remedy than might otherwise be justified. In s. 38.14, Parliament chose to live with that possibility by explicitly contemplating in such circumstances a stay of proceedings.

(3) *The Policy Debate Is Not Before Us*

[69] The Attorney General argues, at para. 104 of its factum, that s. 38 strikes a “careful and sensitive balance” between the government’s need for secrecy and the protection of individual rights by dividing jurisdiction between Federal Courts and trial courts on the basis of each forum’s expertise. He points to the fact that the Federal Court has dealt with national security matters for more than 20 years under the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C. 1985, c. C-23, as well as other legislation, such as that governing immigration and refugee matters.

conclut que la divulgation des renseignements en cause porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, elle ordonnera cette mesure seulement si elle estime que les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation l’emportent sur celles justifiant leur non-divulgation (par. 38.06(1) et (2)). Bien que le public ait certes intérêt à ce que la justice soit administrée efficacement, en d’autres mots à ce que [TRADUCTION] « le procès suive son cours », l’art. 38 reconnaît qu’il est hors de question de tenir un procès inéquitable. Le juge Dawson n’a pas été privé du pouvoir de trancher les questions relatives à la *Charte* soulevées par l’ordonnance de non-divulgation. Il est vrai que les dispositions en cause privent le juge du procès de la possibilité d’ordonner la divulgation, et même de la possibilité d’examiner personnellement les renseignements écartés en vertu de l’art. 38, mais il n’en conserve pas moins — malgré l’absence d’accès à ces renseignements — la possibilité d’ordonner, en vertu de la *Charte* et de l’art. 38.14, toute mesure nécessaire pour protéger le droit de l’accusé à un procès équitable. Lorsqu’il a adopté l’art. 38 de la *LPC*, le législateur savait que, en limitant le pouvoir du juge du procès d’ordonner la divulgation, il ouvrait la voie à l’imposition d’une mesure plus draconienne que ce qui pourrait autrement être justifié. Il a choisi, à l’art. 38.14, d’accepter cette possibilité en prévoyant expressément, en pareilles circonstances, l’arrêt des procédures.

(3) *La Cour n’est pas saisie du débat de politique générale*

[69] Au paragraphe 104 de son mémoire, le procureur général soutient que l’art. 38 établit un [TRADUCTION] « équilibre juste et délicat » entre la nécessité de protéger les secrets d’État et la protection des droits individuels en répartissant la compétence à cet égard entre les Cours fédérales et les juridictions de première instance, et ce, en fonction de l’expertise des unes et des autres. Il souligne le fait que la Cour fédérale statue depuis plus de 20 ans sur des questions de sécurité nationale sous le régime de la *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, ch. C-23, et d’autres lois, telle celle régissant les questions d’immigration et de protection des réfugiés.

[70] The Attorney General also points out that there are a limited number of designated judges at the Federal Court who deal with issues of national security. These designated judges frequently meet to discuss national security issues, new developments in the jurisprudence and best practices. He says that they have developed relevant programs concerning privacy, human rights and national security, in conjunction with judges from other jurisdictions and scholars (see E. Dawson, “The Federal Court and the Clash of the Titans: Balancing Human Rights and National Security”, Address at the University of Manitoba Faculty of Law (March 30, 2006)). All proceedings that implicate national security issues are conducted in a secure facility in the National Capital Region. This facility contains a secure registry for storing confidential information, secure offices and computers and secure hearing rooms. Every staff member who is involved in a national security proceeding has a Top Secret level security clearance and is bound by the *Security of Information Act*, R.S.C. 1985, c. O-5, to permanently maintain the secrecy of classified information.

[71] Be that as it may, the bifurcation of criminal proceedings has come ‘under heavy criticism from judges, lawyers and academics. Most notably, in the recently released Air India Report, the Commissioner concluded that “[t]he present two-court system used in deciding section 38 applications is out of step with systems in other democracies” and “has demonstrated unequivocally that it is a failure” (p. 160). The Commissioner recommended to the government that the two-court system be abolished and that national security confidentiality determinations be left to Superior Court judges (pp. 160 and 165). The ultimate fate of this recommendation is not yet known.

[72] We note that the Commissioner’s concerns were largely tied to the inability of trial judges to

[70] Le procureur général souligne également que seul un nombre limité de juges désignés de la Cour fédérale statuent sur des questions de sécurité nationale. Ces juges désignés se rencontrent fréquemment pour discuter de ces questions, ainsi que des récents développements jurisprudentiels et des meilleures pratiques à adopter à cet égard. Le procureur général explique qu’ils ont élaboré des programmes pertinents dans les domaines de la protection des renseignements personnels, des droits de la personne et de la sécurité nationale de concert avec des juges d’ailleurs et des universitaires (voir E. Dawson, « La Cour fédérale et le choc des titans : Concilier les droits de la personne et la sécurité nationale », présentation à la Faculté de droit à l’Université du Manitoba (30 mars 2006)). Toutes les procédures où il est question de sécurité nationale se déroulent dans un lieu sécurisé de la région de la capitale nationale. On y trouve un registre sécurisé servant au stockage des renseignements confidentiels, ainsi que des bureaux, ordinateurs et salles d’audience sécurisés. Chaque membre du personnel qui joue un rôle dans une procédure touchant la sécurité nationale détient une habilitation de sécurité de niveau très secret et est tenu par la *Loi sur la protection de l’information*, L.R.C. 1985, ch. O-5, de protéger en permanence le caractère confidentiel des renseignements classifiés.

[71] Quoi qu’il en soit, la bifurcation des procédures criminelles a fait l’objet de critiques sévères de la part de juges, d’avocats et d’auteurs de doctrine. De façon plus particulière, dans le rapport récemment publié sur l’attentat d’Air India, le commissaire a conclu que « [l]e régime dualiste appliqué actuellement pour statuer sur les demandes fondées sur l’article 38 est incompatible avec les régimes en vigueur dans d’autres démocraties », et que « [l]’échec de ce régime est manifeste » (p. 180). Le commissaire a recommandé au gouvernement d’abolir le régime dualiste et de laisser aux juges des cours supérieures le soin de trancher les questions touchant la confidentialité liée à la sécurité nationale (p. 180 et 185). On ne sait pas encore s’il sera donné suite à cette recommandation.

[72] Nous constatons que les préoccupations exprimées par le commissaire tenaient en grande

obtain information about, or access to, the withheld material, which we hope to have addressed in a practical way in this ruling.

[73] However, the Commissioner also expressed concerns in his report about the manner in which the s. 38 process “affects both the efficiency and the fairness of terrorism prosecutions” (p. 162). He noted that apart from the Attorney General of Canada, the parties before him “were almost unanimous in concluding that the current two-court system was inadequate and could cause problems” (p. 158). The majority of the criticisms were centred on the delays that are occasioned by fragmenting the criminal trial process and the duplicated effort involved in litigating the same issue before two separate courts.

[74] The Commissioner noted that even without the burden of s. 38 litigation, “terrorism prosecutions already sorely tax the stamina of judges and jurors” (p. 154). He expressed a concern that extensive litigation and appeals on disclosure issues might result in permanent stays of proceedings due to unreasonable delays. The Commissioner cited *R. v. Ribic*, 2004 CanLII 7091 (Ont. S.C.J.), as an example of how the accused might attempt to use the two-court system to sabotage a terrorism trial by purposely calling evidence that would engage s. 38. (In *Ribic*, the s. 38 litigation began during the criminal trial before a jury, and the delay caused by the back and forth to the Federal Court resulted in a mistrial.)

[75] These comments challenge the underlying wisdom of the s. 38 scheme adopted by Parliament. That, of course, was properly a matter for the Commissioner, but the wisdom (as distinguished from the validity) of s. 38 is not a matter for this Court. To the extent that the practical problems of bifurcation create unfairness to the accused or

partie au fait que les juges de première instance ne pouvaient obtenir d'information sur les renseignements visés par l'interdiction de divulgation ni y avoir accès, préoccupations auxquelles nous espérons avoir répondu d'une façon pratique dans la présente décision.

[73] Toutefois, le commissaire a également formulé certaines réserves dans son rapport quant à la façon dont le processus de l'art. 38 « touche à la fois l'efficacité et l'équité des poursuites antiterroristes » (p. 182). Il a signalé que, à l'exception du procureur général du Canada, les parties devant la Commission « ont été quasi unanimes à conclure que le régime dualiste actuel était inadéquat et pouvait causer des problèmes » (p. 178). La majorité des critiques portaient sur les retards causés par la fragmentation du processus de l'instance criminelle et la répétition des efforts que requiert le fait de devoir débattre la même question devant deux tribunaux distincts.

[74] Le commissaire a souligné que, même sans le poids qu'ajoutent les demandes fondées sur l'art. 38, « les poursuites antiterroristes mettent déjà à l'épreuve la patience des juges et des jurés » (p. 173). Il a exprimé la crainte qu'un long processus de débats et d'appels sur des questions relatives à la divulgation donne lieu à des arrêts de procédures permanents à cause de délais déraisonnables. Le commissaire a également cité à titre d'exemple l'affaire *R. c. Ribic*, 2004 CanLII 7091 (C.S.J. Ont.) pour montrer comment un accusé pourrait essayer d'utiliser le régime dualiste afin de saboter un procès antiterroriste en présentant à dessein des éléments de preuve faisant entrer en jeu l'art. 38. (Dans *Ribic*, la procédure fondée sur l'art. 38 a été engagée durant le procès criminel devant jury, et le délai entraîné par les allers-retours à la Cour fédérale s'est traduit par l'annulation du procès.)

[75] Ces commentaires mettent en doute la sagesse fondamentale du régime adopté par le législateur à l'art. 38. Il s'agit bien sûr d'une question qui relevait à juste titre du mandat du commissaire, mais il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur la sagesse de l'art. 38 (par opposition à sa validité). Dans la mesure où les problèmes

otherwise jeopardize the due administration of justice, the criminal court is authorized to order a s. 38.14 remedy.

[76] We recognize that the legislative division of responsibilities does have the potential to cause delays and to pose serious challenges to the fair and expeditious trial of an accused, especially when the trial is by jury. While we do not find that this potential invalidates the legislative scheme, situations may well arise in which the division of responsibilities between courts will give rise to unreasonable trial delays, undue disruption to jurors and risk of juror contamination. These will have to be addressed on a case-by-case basis and the appropriate remedies issued to avoid an unfair trial.

[77] An important step the parties can take is attempting to identify potential national security issues during pre-trial proceedings. This would allow the disclosure arguments to take place at an early date. Section 38 encourages early-stage disclosure proceedings. In fact, it was amended in 2001 to allow the scheme to be engaged prior to the criminal trial and to “permit the government to take pro-active steps in the appropriate circumstances” (Department of Justice, “Amendments to the *Canada Evidence Act* (“CEA”)” (online: <http://www.justice.gc.ca/antiter/sheetfiche/ceap2-lpcp2-eng.asp>)). Due diligence in this respect will work to minimize the risk of mistrials. Disclosure by the Crown in a series of stages over a period of time, each new stage of disclosure triggering additional s. 38 proceedings, will heighten the risk of resort by the trial judge to s. 38 remedies.

[78] As we have stated, co-operative arrangements between the prosecution and the defence are to be encouraged, as they have the potential

pratiques découlant de la bifurcation créent une injustice envers l'accusé ou compromettent autrement la saine administration de la justice, la cour criminelle est autorisée à rendre une ordonnance protectrice en vertu de l'art. 38.14.

[76] Nous reconnaissons que le partage des responsabilités établi par la loi est effectivement susceptible de causer des retards et de compromettre sérieusement l'équité et la rapidité du procès de l'accusé, surtout s'il s'agit d'un procès devant jury. Bien que nous n'arrivions pas à la conclusion que ces risques ont pour effet d'invalider le régime législatif, il pourrait fort bien arriver que, dans certaines situations, le partage des responsabilités entre les tribunaux retarde le procès de façon déraisonnable, perturbe indûment les jurés ou crée un risque de contamination du jury. Ces problèmes devront être résolus au cas par cas, et le juge devra prendre les mesures appropriées pour éviter la tenue d'un procès inéquitable.

[77] Une mesure importante que les parties peuvent prendre consiste à tenter de déterminer, dès les procédures préliminaires, les questions susceptibles de toucher la sécurité nationale. Le débat sur la divulgation pourrait ainsi avoir lieu tôt dans le processus. L'article 38 encourage la tenue rapide des procédures relatives à la divulgation. Du reste, le législateur a modifié le régime en 2001 pour que celui-ci puisse entrer en jeu avant le procès criminel et ainsi « permettre [au gouvernement] de prendre des mesures proactives au moment opportun » (ministère de la Justice, « Modifications à la *Loi sur la preuve au Canada* (« LCP ») (en ligne : <http://www.justice.gc.ca/antiter/sheetfiche/lpcp2-ceap2-fra.asp>)). La diligence à cet égard réduira le risque d'annulation de procès. Si la Couronne procède à la divulgation en plusieurs étapes successives pendant une certaine période de temps, chaque nouvelle étape de divulgation entraînant de nouvelles demandes fondées sur l'art. 38, le risque de voir le juge du procès recourir aux mesures protectrices prévues par l'art. 38 s'en trouve accru.

[78] Comme nous l'avons dit, il convient d'encourager la conclusion d'accords de collaboration entre la poursuite et la défense. De tels accords sont en

to greatly facilitate complex trials for all parties involved and to reduce the strain on judicial resources. However, the defence is under no obligation to cooperate with the prosecution and if the end result of non-disclosure by the Crown is that a fair trial cannot be had, then Parliament has determined that in the circumstances a stay of proceedings is the lesser evil compared with the disclosure of sensitive or potentially injurious information.

[79] We noted earlier that the exercise by the trial judge of the s. 38.14 statutory remedy is not constrained by the ordinary *Charter* jurisprudence concerning abuse of process. Neither is it constrained by the ordinary *Charter* jurisprudence in relation, for example, to trial within a reasonable time. If the trial process resulting from the application of the s. 38 scheme becomes unmanageable by virtue of excessive gaps between the hearing of the evidence or other such impediments, such that the right of the accused to a fair trial is compromised, the trial judge should not hesitate to use the broad authority Parliament has conferred under s. 38.14 to put an end to the prosecution.

[80] It will ultimately be for Parliament to determine with the benefit of experience whether the wisdom of the bifurcated scheme should be reconsidered. We conclude, however, that s. 38 as we have interpreted it passes constitutional muster. Trial unfairness will not be tolerated.

#### F. Conclusion

[81] The appeal is allowed. The constitutional questions are answered as follows:

1. Are ss. 38 to 38.16 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, *ultra vires* the Parliament of Canada on the ground that they infringe ss. 96 and 101 of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

effet susceptibles de faciliter grandement — pour toutes les parties — la tenue des procès complexes, en plus de réduire la pression sur les ressources judiciaires. Évidemment, la défense n'est pas tenue de collaborer avec la poursuite et si, au bout du compte, la non-divulgence de renseignements par la Couronne empêche la tenue d'un procès équitable, le législateur a décidé que, dans de telles circonstances, l'arrêt des procédures est un moindre mal par rapport à la divulgation de renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables.

[79] Nous avons indiqué plus haut que l'exercice par le juge du procès du pouvoir que lui confère l'art. 38.14 n'est pas restreint par la jurisprudence ordinaire relative à la *Charte* en matière d'abus de procédure. Il n'est pas limité non plus par la jurisprudence ordinaire relative à la *Charte* touchant, par exemple, la tenue des procès dans un délai raisonnable. Si le processus judiciaire découlant de l'application du régime établi à l'art. 38 devient ingérable en raison soit d'intervalles excessifs dans l'audition de la preuve, soit d'autres obstacles analogues ayant pour effet de compromettre le droit de l'accusé à un procès équitable, le juge du procès ne devrait pas hésiter à exercer le large pouvoir que lui a conféré le législateur à l'art. 38.14 pour mettre fin au procès.

[80] Il appartiendra en définitive au législateur de décider, à la lumière de l'expérience, s'il y a lieu de reconsidérer la sagesse du régime dualiste. Nous concluons toutefois que, selon l'interprétation que nous lui avons donnée, l'art. 38 est constitutionnellement valide. Les procès inéquitable ne seront pas tolérés.

#### F. Conclusion

[81] Le pourvoi est accueilli. Voici les réponses aux questions constitutionnelles :

1. Les articles 38 à 38.16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 outrepassent-ils la compétence du Parlement pour le motif qu'ils portent atteinte aux art. 96 et 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : Non.



2. Do ss. 38 to 38.16 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

3. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

## APPENDIX

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5

### INTERNATIONAL RELATIONS AND NATIONAL DEFENCE AND NATIONAL SECURITY

38. The following definitions apply in this section and in sections 38.01 to 38.15.

“judge” means the Chief Justice of the Federal Court or a judge of that Court designated by the Chief Justice to conduct hearings under section 38.04.

“participant” means a person who, in connection with a proceeding, is required to disclose, or expects to disclose or cause the disclosure of, information.

“potentially injurious information” means information of a type that, if it were disclosed to the public, could injure international relations or national defence or national security.

“proceeding” means a proceeding before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information.

“prosecutor” means an agent of the Attorney General of Canada or of the Attorney General of a province, the Director of Military Prosecutions under the *National Defence Act* or an individual who acts as a prosecutor in a proceeding.

“sensitive information” means information relating to international relations or national defence or national security that is in the possession of the Government of Canada, whether originating from inside or outside Canada, and is of a type that the Government of Canada is taking measures to safeguard.

2. Les articles 38 à 38.16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 portent-ils atteinte à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

3. Dans l’affirmative, les art. 38 à 38.16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 sont-ils légitimés par l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n’est pas nécessaire de répondre à cette question.

## ANNEXE

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5

### RELATIONS INTERNATIONALES ET DÉFENSE ET SÉCURITÉ NATIONALES

38. Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article et aux articles 38.01 à 38.15.

« instance » Procédure devant un tribunal, un organisme ou une personne ayant le pouvoir de contraindre la production de renseignements.

« juge » Le juge en chef de la Cour fédérale ou le juge de ce tribunal désigné par le juge en chef pour statuer sur les questions dont est saisi le tribunal en application de l’article 38.04.

« participant » Personne qui, dans le cadre d’une instance, est tenue de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements.

« poursuivant » Représentant du procureur général du Canada ou du procureur général d’une province, particulier qui agit à titre de poursuivant dans le cadre d’une instance ou le directeur des poursuites militaires, au sens de la *Loi sur la défense nationale*.

« renseignements potentiellement préjudiciables » Les renseignements qui, s’ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

« renseignements sensibles » Les renseignements, en provenance du Canada ou de l’étranger, qui concernent les affaires internationales ou la défense ou la sécurité nationales, qui se trouvent en la possession du gouvernement du Canada et qui sont du type des renseignements à l’égard desquels celui-ci prend des mesures de protection.

**38.01** (1) Every participant who, in connection with a proceeding, is required to disclose, or expects to disclose or cause the disclosure of, information that the participant believes is sensitive information or potentially injurious information shall, as soon as possible, notify the Attorney General of Canada in writing of the possibility of the disclosure, and of the nature, date and place of the proceeding.

(2) Every participant who believes that sensitive information or potentially injurious information is about to be disclosed, whether by the participant or another person, in the course of a proceeding shall raise the matter with the person presiding at the proceeding and notify the Attorney General of Canada in writing of the matter as soon as possible, whether or not notice has been given under subsection (1). In such circumstances, the person presiding at the proceeding shall ensure that the information is not disclosed other than in accordance with this Act.

(3) An official, other than a participant, who believes that sensitive information or potentially injurious information may be disclosed in connection with a proceeding may notify the Attorney General of Canada in writing of the possibility of the disclosure, and of the nature, date and place of the proceeding.

(4) An official, other than a participant, who believes that sensitive information or potentially injurious information is about to be disclosed in the course of a proceeding may raise the matter with the person presiding at the proceeding. If the official raises the matter, he or she shall notify the Attorney General of Canada in writing of the matter as soon as possible, whether or not notice has been given under subsection (3), and the person presiding at the proceeding shall ensure that the information is not disclosed other than in accordance with this Act.

(5) In the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, notice under any of subsections (1) to (4) shall be given to both the Attorney General of Canada and the Minister of National Defence.

(6) This section does not apply when

(a) the information is disclosed by a person to their solicitor in connection with a proceeding, if the information is relevant to that proceeding;

(b) the information is disclosed to enable the Attorney General of Canada, the Minister of National

**38.01** (1) Tout participant qui, dans le cadre d'une instance, est tenu de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements dont il croit qu'il s'agit de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables est tenu d'aviser par écrit, dès que possible, le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation et de préciser dans l'avis la nature, la date et le lieu de l'instance.

(2) Tout participant qui croit que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables sont sur le point d'être divulgués par lui ou par une autre personne au cours d'une instance est tenu de soulever la question devant la personne qui préside l'instance et d'aviser par écrit le procureur général du Canada de la question dès que possible, que ces renseignements aient fait ou non l'objet de l'avis prévu au paragraphe (1). Le cas échéant, la personne qui préside l'instance veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.

(3) Le fonctionnaire — à l'exclusion d'un participant — qui croit que peuvent être divulgués dans le cadre d'une instance des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables peut aviser par écrit le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation; le cas échéant, l'avis précise la nature, la date et le lieu de l'instance.

(4) Le fonctionnaire — à l'exclusion d'un participant — qui croit que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables sont sur le point d'être divulgués au cours d'une instance peut soulever la question devant la personne qui préside l'instance; le cas échéant, il est tenu d'aviser par écrit le procureur général du Canada de la question dès que possible, que ces renseignements aient fait ou non l'objet de l'avis prévu au paragraphe (3) et la personne qui préside l'instance veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.

(5) Dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, les avis prévus à l'un des paragraphes (1) à (4) sont donnés à la fois au procureur général du Canada et au ministre de la Défense nationale.

(6) Le présent article ne s'applique pas :

a) à la communication de renseignements par une personne à son avocat dans le cadre d'une instance, si ceux-ci concernent l'instance;

b) aux renseignements communiqués dans le cadre de l'exercice des attributions du procureur général

Defence, a judge or a court hearing an appeal from, or a review of, an order of the judge to discharge their responsibilities under section 38, this section and sections 38.02 to 38.13, 38.15 and 38.16;

(c) disclosure of the information is authorized by the government institution in which or for which the information was produced or, if the information was not produced in or for a government institution, the government institution in which it was first received; or

(d) the information is disclosed to an entity and, where applicable, for a purpose listed in the schedule.

(7) Subsections (1) and (2) do not apply to a participant if a government institution referred to in paragraph (6)(c) advises the participant that it is not necessary, in order to prevent disclosure of the information referred to in that paragraph, to give notice to the Attorney General of Canada under subsection (1) or to raise the matter with the person presiding under subsection (2).

(8) The Governor in Council may, by order, add to or delete from the schedule a reference to any entity or purpose, or amend such a reference.

**38.02** (1) Subject to subsection 38.01(6), no person shall disclose in connection with a proceeding

(a) information about which notice is given under any of subsections 38.01(1) to (4);

(b) the fact that notice is given to the Attorney General of Canada under any of subsections 38.01(1) to (4), or to the Attorney General of Canada and the Minister of National Defence under subsection 38.01(5);

(c) the fact that an application is made to the Federal Court under section 38.04 or that an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in connection with the application is instituted; or

(d) the fact that an agreement is entered into under section 38.031 or subsection 38.04(6).

(1.1) When an entity listed in the schedule, for any purpose listed there in relation to that entity, makes a decision or order that would result in the disclosure of sensitive information or potentially injurious information, the entity shall not disclose the information or

du Canada, du ministre de la Défense nationale, du juge ou d'un tribunal d'appel ou d'examen au titre de l'article 38, du présent article, des articles 38.02 à 38.13 ou des articles 38.15 ou 38.16;

c) aux renseignements dont la divulgation est autorisée par l'institution fédérale qui les a produits ou pour laquelle ils ont été produits ou, dans le cas où ils n'ont pas été produits par ou pour une institution fédérale, par la première institution fédérale à les avoir reçus;

d) aux renseignements divulgués auprès de toute entité mentionnée à l'annexe et, le cas échéant, à une application figurant en regard d'une telle entité.

(7) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas à participant si une institution gouvernementale visée à l'alinéa (6)c) l'informe qu'il n'est pas nécessaire, afin d'éviter la divulgation des renseignements visés à cet alinéa, de donner un avis au procureur général du Canada au titre du paragraphe (1) ou de soulever la question devant la personne présidant une instance au titre du paragraphe (2).

(8) Le gouverneur en conseil peut, par décret, ajouter, modifier ou supprimer la mention, à l'annexe, d'une entité ou d'une application figurant en regard d'une telle entité.

**38.02** (1) Sous réserve du paragraphe 38.01(6), nul ne peut divulguer, dans le cadre d'une instance :

a) les renseignements qui font l'objet d'un avis donné au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4);

b) le fait qu'un avis est donné au procureur général du Canada au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4), ou à ce dernier et au ministre de la Défense nationale au titre du paragraphe 38.01(5);

c) le fait qu'une demande a été présentée à la Cour fédérale au titre de l'article 38.04, qu'il a été interjeté appel d'une ordonnance rendue au titre de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à une telle demande ou qu'une telle ordonnance a été renvoyée pour examen;

d) le fait qu'un accord a été conclu au titre de l'article 38.031 ou du paragraphe 38.04(6).

(1.1) Dans le cas où une entité mentionnée à l'annexe rend, dans le cadre d'une application qui y est mentionnée en regard de celle-ci, une décision ou une ordonnance qui entraînerait la divulgation de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement

cause it to be disclosed until notice of intention to disclose the information has been given to the Attorney General of Canada and a period of 10 days has elapsed after notice was given.

(2) Disclosure of the information or the facts referred to in subsection (1) is not prohibited if

(a) the Attorney General of Canada authorizes the disclosure in writing under section 38.03 or by agreement under section 38.031 or subsection 38.04(6); or

(b) a judge authorizes the disclosure under subsection 38.06(1) or (2) or a court hearing an appeal from, or a review of, the order of the judge authorizes the disclosure, and either the time provided to appeal the order or judgment has expired or no further appeal is available.

**38.03** (1) The Attorney General of Canada may, at any time and subject to any conditions that he or she considers appropriate, authorize the disclosure of all or part of the information and facts the disclosure of which is prohibited under subsection 38.02(1).

(2) In the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Attorney General of Canada may authorize disclosure only with the agreement of the Minister of National Defence.

(3) The Attorney General of Canada shall, within 10 days after the day on which he or she first receives a notice about information under any of subsections 38.01(1) to (4), notify in writing every person who provided notice under section 38.01 about that information of his or her decision with respect to disclosure of the information.

**38.031** (1) The Attorney General of Canada and a person who has given notice under subsection 38.01(1) or (2) and is not required to disclose information but wishes, in connection with a proceeding, to disclose any facts referred to in paragraphs 38.02(1)(b) to (d) or information about which he or she gave the notice, or to cause that disclosure, may, before the person applies to the Federal Court under paragraph 38.04(2)(c), enter into an agreement that permits the disclosure of part of the facts or information or disclosure of the facts or information subject to conditions.

(2) If an agreement is entered into under subsection (1), the person may not apply to the Federal Court under paragraph 38.04(2)(c) with respect to the information about which he or she gave notice to the Attorney General of Canada under subsection 38.01(1) or (2).

préjudiciables, elle ne peut les divulguer ou les faire divulguer avant que le procureur général du Canada ait été avisé de ce fait et qu'il se soit écoulé un délai de dix jours postérieur à l'avis.

(2) La divulgation des renseignements ou des faits visés au paragraphe (1) n'est pas interdite :

a) si le procureur général du Canada l'autorise par écrit au titre de l'article 38.03 ou par un accord conclu en application de l'article 38.031 ou du paragraphe 38.04(6);

b) si le juge l'autorise au titre de l'un des paragraphes 38.06(1) ou (2) et que le délai prévu ou accordé pour en appeler a expiré ou, en cas d'appel ou de renvoi pour examen, sa décision est confirmée et les recours en appel sont épuisés.

**38.03** (1) Le procureur général du Canada peut, à tout moment, autoriser la divulgation de tout ou partie des renseignements ou des faits dont la divulgation est interdite par le paragraphe 38.02(1) et assortir son autorisation des conditions qu'il estime indiquées.

(2) Dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, le procureur général du Canada ne peut autoriser la divulgation qu'avec l'assentiment du ministre de la Défense nationale.

(3) Dans les dix jours suivant la réception du premier avis donné au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4) relativement à des renseignements donnés, le procureur général du Canada notifie par écrit sa décision relative à la divulgation de ces renseignements à toutes les personnes qui ont donné un tel avis.

**38.031** (1) Le procureur général du Canada et la personne ayant donné l'avis prévu aux paragraphes 38.01(1) ou (2) qui n'a pas l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance, mais veut divulguer ou faire divulguer les renseignements qui ont fait l'objet de l'avis ou les faits visés aux alinéas 38.02(1)b) à d), peuvent, avant que cette personne présente une demande à la Cour fédérale au titre de l'alinéa 38.04(2)c), conclure un accord prévoyant la divulgation d'une partie des renseignements ou des faits ou leur divulgation assortie de conditions.

(2) Si un accord est conclu, la personne ne peut présenter de demande à la Cour fédérale au titre de l'alinéa 38.04(2)c) relativement aux renseignements ayant fait l'objet de l'avis qu'elle a donné au procureur général du Canada au titre des paragraphes 38.01(1) ou (2).

**38.04** (1) The Attorney General of Canada may, at any time and in any circumstances, apply to the Federal Court for an order with respect to the disclosure of information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4).

(2) If, with respect to information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4), the Attorney General of Canada does not provide notice of a decision in accordance with subsection 38.03(3) or, other than by an agreement under section 38.031, authorizes the disclosure of only part of the information or disclosure subject to any conditions,

(a) the Attorney General of Canada shall apply to the Federal Court for an order with respect to disclosure of the information if a person who gave notice under subsection 38.01(1) or (2) is a witness;

(b) a person, other than a witness, who is required to disclose information in connection with a proceeding shall apply to the Federal Court for an order with respect to disclosure of the information; and

(c) a person who is not required to disclose information in connection with a proceeding but who wishes to disclose it or to cause its disclosure may apply to the Federal Court for an order with respect to disclosure of the information.

(3) A person who applies to the Federal Court under paragraph (2)(b) or (c) shall provide notice of the application to the Attorney General of Canada.

(4) An application under this section is confidential. Subject to section 38.12, the Chief Administrator of the Courts Administration Service may take any measure that he or she considers appropriate to protect the confidentiality of the application and the information to which it relates.

(5) As soon as the Federal Court is seized of an application under this section, the judge

(a) shall hear the representations of the Attorney General of Canada and, in the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Minister of National Defence, concerning the identity of all parties or witnesses whose interests may be affected by either the prohibition of disclosure or the conditions to which disclosure is subject, and concerning the persons who should be given notice of any hearing of the matter;

**38.04** (1) Le procureur général du Canada peut, à tout moment et en toutes circonstances, demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance portant sur la divulgation de renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4).

(2) Si, en ce qui concerne des renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4), le procureur général du Canada n'a pas notifié sa décision à l'auteur de l'avis en conformité avec le paragraphe 38.03(3) ou, sauf par un accord conclu au titre de l'article 38.031, il a autorisé la divulgation d'une partie des renseignements ou a assorti de conditions son autorisation de divulgation :

a) il est tenu de demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements si la personne qui l'a avisé au titre des paragraphes 38.01(1) ou (2) est un témoin;

b) la personne — à l'exclusion d'un témoin — qui a l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance est tenue de demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements;

c) la personne qui n'a pas l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance, mais qui veut en divulguer ou en faire divulguer, peut demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements.

(3) La personne qui présente une demande à la Cour fédérale au titre des alinéas (2)b) ou c) en notifie le procureur général du Canada.

(4) Toute demande présentée en application du présent article est confidentielle. Sous réserve de l'article 38.12, l'administrateur en chef du Service administratif des tribunaux peut prendre les mesures qu'il estime indiquées en vue d'assurer la confidentialité de la demande et des renseignements sur lesquels elle porte.

(5) Dès que la Cour fédérale est saisie d'une demande présentée au titre du présent article, le juge :

a) entend les observations du procureur général du Canada — et du ministre de la Défense nationale dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale* — sur l'identité des parties ou des témoins dont les intérêts sont touchés par l'interdiction de divulgation ou les conditions dont l'autorisation de divulgation est assortie et sur les personnes qui devraient être avisées de la tenue d'une audience;

(b) shall decide whether it is necessary to hold any hearing of the matter;

(c) if he or she decides that a hearing should be held, shall

(i) determine who should be given notice of the hearing,

(ii) order the Attorney General of Canada to notify those persons, and

(iii) determine the content and form of the notice; and

(d) if he or she considers it appropriate in the circumstances, may give any person the opportunity to make representations.

(6) After the Federal Court is seized of an application made under paragraph (2)(c) or, in the case of an appeal from, or a review of, an order of the judge made under any of subsections 38.06(1) to (3) in connection with that application, before the appeal or review is disposed of,

(a) the Attorney General of Canada and the person who made the application may enter into an agreement that permits the disclosure of part of the facts referred to in paragraphs 38.02(1)(b) to (d) or part of the information or disclosure of the facts or information subject to conditions; and

(b) if an agreement is entered into, the Court's consideration of the application or any hearing, review or appeal shall be terminated.

(7) Subject to subsection (6), after the Federal Court is seized of an application made under this section or, in the case of an appeal from, or a review of, an order of the judge made under any of subsections 38.06(1) to (3), before the appeal or review is disposed of, if the Attorney General of Canada authorizes the disclosure of all or part of the information or withdraws conditions to which the disclosure is subject, the Court's consideration of the application or any hearing, appeal or review shall be terminated in relation to that information, to the extent of the authorization or the withdrawal.

**38.05** If he or she receives notice of a hearing under paragraph 38.04(5)(c), a person presiding or designated to preside at the proceeding to which the information relates or, if no person is designated, the person who has the authority to designate a person to preside may, within 10 days after the day on which he or she receives the notice, provide the judge with a report concerning any matter relating to the proceeding that the person considers may be of assistance to the judge.

b) décide s'il est nécessaire de tenir une audience;

c) s'il estime qu'une audience est nécessaire :

(i) spécifie les personnes qui devraient en être avisées,

(ii) ordonne au procureur général du Canada de les aviser,

(iii) détermine le contenu et les modalités de l'avis;

d) s'il l'estime indiqué en l'espèce, peut donner à quiconque la possibilité de présenter des observations.

(6) Après la saisine de la Cour fédérale d'une demande présentée au titre de l'alinéa (2)c) ou l'institution d'un appel ou le renvoi pour examen d'une ordonnance du juge rendue en vertu de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à cette demande, et avant qu'il soit disposé de l'appel ou de l'examen :

a) le procureur général du Canada peut conclure avec l'auteur de la demande un accord prévoyant la divulgation d'une partie des renseignements ou des faits visés aux alinéas 38.02(1)b) à d) ou leur divulgation assortie de conditions;

b) si un accord est conclu, le tribunal n'est plus saisi de la demande et il est mis fin à l'audience, à l'appel ou à l'examen.

(7) Sous réserve du paragraphe (6), si le procureur général du Canada autorise la divulgation de tout ou partie des renseignements ou supprime les conditions dont la divulgation est assortie après la saisine de la Cour fédérale aux termes du présent article et, en cas d'appel ou d'examen d'une ordonnance du juge rendue en vertu de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3), avant qu'il en soit disposé, le tribunal n'est plus saisi de la demande et il est mis fin à l'audience, à l'appel ou à l'examen à l'égard de tels des renseignements dont la divulgation est autorisée ou n'est plus assortie de conditions.

**38.05** Si la personne qui préside ou est désignée pour présider l'instance à laquelle est liée l'affaire ou, à défaut de désignation, la personne qui est habilitée à effectuer la désignation reçoit l'avis visé à l'alinéa 38.04(5)c), elle peut, dans les dix jours, fournir au juge un rapport sur toute question relative à l'instance qu'elle estime utile à celui-ci.

**38.06** (1) Unless the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security, the judge may, by order, authorize the disclosure of the information.

(2) If the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security but that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, the judge may by order, after considering both the public interest in disclosure and the form of and conditions to disclosure that are most likely to limit any injury to international relations or national defence or national security resulting from disclosure, authorize the disclosure, subject to any conditions that the judge considers appropriate, of all of the information, a part or summary of the information, or a written admission of facts relating to the information.

(3) If the judge does not authorize disclosure under subsection (1) or (2), the judge shall, by order, confirm the prohibition of disclosure.

(3.1) The judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is reliable and appropriate, even if it would not otherwise be admissible under Canadian law, and may base his or her decision on that evidence.

(4) A person who wishes to introduce into evidence material the disclosure of which is authorized under subsection (2) but who may not be able to do so in a proceeding by reason of the rules of admissibility that apply in the proceeding may request from a judge an order permitting the introduction into evidence of the material in a form or subject to any conditions fixed by that judge, as long as that form and those conditions comply with the order made under subsection (2).

(5) For the purpose of subsection (4), the judge shall consider all the factors that would be relevant for a determination of admissibility in the proceeding.

**38.07** The judge may order the Attorney General of Canada to give notice of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) to any person who, in the opinion of the judge, should be notified.

**38.08** If the judge determines that a party to the proceeding whose interests are adversely affected by an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) was not given the opportunity to make representations

**38.06** (1) Le juge peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements, sauf s'il conclut qu'elle porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

(2) Si le juge conclut que la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés.

(3) Dans le cas où le juge n'autorise pas la divulgation au titre des paragraphes (1) ou (2), il rend une ordonnance confirmant l'interdiction de divulgation.

(3.1) Le juge peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime digne de foi et approprié — même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs son admissibilité — et peut fonder sa décision sur cet élément.

(4) La personne qui veut faire admettre en preuve ce qui a fait l'objet d'une autorisation de divulgation prévue au paragraphe (2), mais qui ne pourra peut-être pas le faire à cause des règles d'admissibilité applicables à l'instance, peut demander à un juge de rendre une ordonnance autorisant la production en preuve des renseignements, du résumé ou de l'aveu dans la forme ou aux conditions que celui-ci détermine, dans la mesure où telle forme ou telles conditions sont conformes à l'ordonnance rendue au titre du paragraphe (2).

(5) Pour l'application du paragraphe (4), le juge prend en compte tous les facteurs qui seraient pertinents pour statuer sur l'admissibilité en preuve au cours de l'instance.

**38.07** Le juge peut ordonner au procureur général du Canada d'aviser de l'ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) toute personne qui, de l'avis du juge, devrait être avisée.

**38.08** Si le juge conclut qu'une partie à l'instance dont les intérêts sont lésés par une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) n'a pas eu la possibilité de présenter ses observations au

under paragraph 38.04(5)(d), the judge shall refer the order to the Federal Court of Appeal for review.

**38.09** (1) An order made under any of subsections 38.06(1) to (3) may be appealed to the Federal Court of Appeal.

(2) An appeal shall be brought within 10 days after the day on which the order is made or within any further time that the Court considers appropriate in the circumstances.

**38.1** Notwithstanding any other Act of Parliament,

(a) an application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada from a judgment made on appeal shall be made within 10 days after the day on which the judgment appealed from is made or within any further time that the Supreme Court of Canada considers appropriate in the circumstances; and

(b) if leave to appeal is granted, the appeal shall be brought in the manner set out in subsection 60(1) of the *Supreme Court Act* but within the time specified by the Supreme Court of Canada.

**38.11** (1) A hearing under subsection 38.04(5) or an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) shall be heard in private and, at the request of either the Attorney General of Canada or, in the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Minister of National Defence, shall be heard in the National Capital Region, as described in the schedule to the *National Capital Act*.

(2) The judge conducting a hearing under subsection 38.04(5) or the court hearing an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) may give any person who makes representations under paragraph 38.04(5)(d), and shall give the Attorney General of Canada and, in the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Minister of National Defence, the opportunity to make representations *ex parte*.

**38.12** (1) The judge conducting a hearing under subsection 38.04(5) or the court hearing an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) may make any order that the judge or the court considers appropriate in the circumstances to protect the confidentiality of the information to which the hearing, appeal or review relates.

(2) The court records relating to the hearing, appeal or review are confidential. The judge or the court may

titre de l'alinéa 38.04(5)d), il renvoie l'ordonnance à la Cour d'appel fédérale pour examen.

**38.09** (1) Il peut être interjeté appel d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) devant la Cour d'appel fédérale.

(2) Le délai dans lequel l'appel peut être interjeté est de dix jours suivant la date de l'ordonnance frappée d'appel, mais la Cour d'appel fédérale peut le proroger si elle l'estime indiqué en l'espèce.

**38.1** Malgré toute autre loi fédérale :

a) le délai de demande d'autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada est de dix jours suivant le jugement frappé d'appel, mais ce tribunal peut proroger le délai s'il l'estime indiqué en l'espèce;

b) dans les cas où l'autorisation est accordée, l'appel est interjeté conformément au paragraphe 60(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, mais le délai qui s'applique est celui qu'a fixé la Cour suprême du Canada.

**38.11** (1) Les audiences prévues au paragraphe 38.04(5) et l'audition de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) sont tenues à huis clos et, à la demande soit du procureur général du Canada, soit du ministre de la Défense nationale dans le cas des instances engagées sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, elles ont lieu dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la capitale nationale*.

(2) Le juge saisi d'une affaire au titre du paragraphe 38.04(5) ou le tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) donne au procureur général du Canada — et au ministre de la Défense nationale dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale* — la possibilité de présenter ses observations en l'absence d'autres parties. Il peut en faire de même pour les personnes qu'il entend en application de l'alinéa 38.04(5)d).

**38.12** (1) Le juge saisi d'une affaire au titre du paragraphe 38.04(5) ou le tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) peut rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée en l'espèce en vue de protéger la confidentialité des renseignements sur lesquels porte l'audience, l'appel ou l'examen.

(2) Le dossier ayant trait à l'audience, à l'appel ou à l'examen est confidentiel. Le juge ou le tribunal saisi



order that the records be sealed and kept in a location to which the public has no access.

**38.13** (1) The Attorney General of Canada may personally issue a certificate that prohibits the disclosure of information in connection with a proceeding for the purpose of protecting information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the *Security of Information Act* or for the purpose of protecting national defence or national security. The certificate may only be issued after an order or decision that would result in the disclosure of the information to be subject to the certificate has been made under this or any other Act of Parliament.

(2) In the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Attorney General of Canada may issue the certificate only with the agreement, given personally, of the Minister of National Defence.

(3) The Attorney General of Canada shall cause a copy of the certificate to be served on

(a) the person presiding or designated to preside at the proceeding to which the information relates or, if no person is designated, the person who has the authority to designate a person to preside;

(b) every party to the proceeding;

(c) every person who gives notice under section 38.01 in connection with the proceeding;

(d) every person who, in connection with the proceeding, may disclose, is required to disclose or may cause the disclosure of the information about which the Attorney General of Canada has received notice under section 38.01;

(e) every party to a hearing under subsection 38.04(5) or to an appeal of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in relation to the information;

(f) the judge who conducts a hearing under subsection 38.04(5) and any court that hears an appeal from, or review of, an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in relation to the information; and

(g) any other person who, in the opinion of the Attorney General of Canada, should be served.

(4) The Attorney General of Canada shall cause a copy of the certificate to be filed

peut ordonner qu'il soit placé sous scellé et gardé dans un lieu interdit au public.

**38.13** (1) Le procureur général du Canada peut délivrer personnellement un certificat interdisant la divulgation de renseignements dans le cadre d'une instance dans le but de protéger soit des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère — au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information* — ou qui concernent une telle entité, soit la défense ou la sécurité nationales. La délivrance ne peut être effectuée qu'après la prise, au titre de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, d'une ordonnance ou d'une décision qui entraînerait la divulgation des renseignements devant faire l'objet du certificat.

(2) Dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, le procureur général du Canada ne peut délivrer de certificat qu'avec l'assentiment du ministre de la Défense nationale donné personnellement par celui-ci.

(3) Le procureur général du Canada fait signifier une copie du certificat :

a) à la personne qui préside ou est désignée pour présider l'instance à laquelle sont liés les renseignements ou, à défaut de désignation, à la personne qui est habilitée à effectuer la désignation;

b) à toute partie à l'instance;

c) à toute personne qui donne l'avis prévu à l'article 38.01 dans le cadre de l'instance;

d) à toute personne qui, dans le cadre de l'instance, a l'obligation de divulguer ou pourrait divulguer ou faire divulguer les renseignements à l'égard desquels le procureur général du Canada a été avisé en application de l'article 38.01;

e) à toute partie aux procédures engagées en application du paragraphe 38.04(5) ou à l'appel d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) en ce qui concerne les renseignements;

f) au juge qui tient une audience en application du paragraphe 38.04(5) et à tout tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) en ce qui concerne les renseignements;

g) à toute autre personne à laquelle, de l'avis du procureur général du Canada, une copie du certificat devrait être signifiée.

(4) Le procureur général du Canada fait déposer une copie du certificat :

(a) with the person responsible for the records of the proceeding to which the information relates; and

(b) in the Registry of the Federal Court and the registry of any court that hears an appeal from, or review of, an order made under any of subsections 38.06(1) to (3).

(5) If the Attorney General of Canada issues a certificate, then, notwithstanding any other provision of this Act, disclosure of the information shall be prohibited in accordance with the terms of the certificate.

(6) The *Statutory Instruments Act* does not apply to a certificate issued under subsection (1).

(7) The Attorney General of Canada shall, without delay after a certificate is issued, cause the certificate to be published in the *Canada Gazette*.

(8) The certificate and any matters arising out of it are not subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except in accordance with section 38.131.

(9) The certificate expires 15 years after the day on which it is issued and may be reissued.

**38.131** (1) A party to the proceeding referred to in section 38.13 may apply to the Federal Court of Appeal for an order varying or cancelling a certificate issued under that section on the grounds referred to in subsection (8) or (9), as the case may be.

(2) The applicant shall give notice of the application to the Attorney General of Canada.

(3) In the case of proceedings under Part III of the *National Defence Act*, notice under subsection (2) shall be given to both the Attorney General of Canada and the Minister of National Defence.

(4) Notwithstanding section 16 of the *Federal Court Act*, for the purposes of the application, the Federal Court of Appeal consists of a single judge of that Court.

(5) In considering the application, the judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is reliable and appropriate, even if it would not otherwise be admissible under Canadian law, and may base a determination made under any of subsections (8) to (10) on that evidence.

a) auprès de la personne responsable des dossiers relatifs à l'instance;

b) au greffe de la Cour fédérale et à celui de tout tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3).

(5) Une fois délivré, le certificat a pour effet, malgré toute autre disposition de la présente loi, d'interdire, selon ses termes, la divulgation des renseignements.

(6) La *Loi sur les textes réglementaires* ne s'applique pas aux certificats délivrés au titre du paragraphe (1).

(7) Dès que le certificat est délivré, le procureur général du Canada le fait publier dans la *Gazette du Canada*.

(8) Le certificat ou toute question qui en découle n'est susceptible de révision, de restriction, d'interdiction, d'annulation, de rejet ou de toute autre forme d'intervention que sous le régime de l'article 38.131.

(9) Le certificat expire à la fin d'une période de quinze ans à compter de la date de sa délivrance et peut être délivré de nouveau.

**38.131** (1) Toute partie à l'instance visée à l'article 38.13 peut demander à la Cour d'appel fédérale de rendre une ordonnance modifiant ou annulant un certificat délivré au titre de cet article pour les motifs mentionnés aux paragraphes (8) ou (9), selon le cas.

(2) Le demandeur en avise le procureur général du Canada.

(3) Dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, l'avis prévu au paragraphe (2) est donné à la fois au procureur général du Canada et au ministre de la Défense nationale.

(4) Par dérogation à l'article 16 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Cour d'appel fédérale est constituée d'un seul juge de ce tribunal pour l'étude de la demande.

(5) Pour l'étude de la demande, le juge peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime digne de foi et approprié — même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs son admissibilité — et peut se fonder sur cet élément pour rendre sa décision au titre de l'un des paragraphes (8) à (10).

(6) Sections 38.11 and 38.12 apply, with any necessary modifications, to an application made under subsection (1).

(7) The judge shall consider the application as soon as reasonably possible, but not later than 10 days after the application is made under subsection (1).

(8) If the judge determines that some of the information subject to the certificate does not relate either to information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the *Security of Information Act*, or to national defence or national security, the judge shall make an order varying the certificate accordingly.

(9) If the judge determines that none of the information subject to the certificate relates to information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the *Security of Information Act*, or to national defence or national security, the judge shall make an order cancelling the certificate.

(10) If the judge determines that all of the information subject to the certificate relates to information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the *Security of Information Act*, or to national defence or national security, the judge shall make an order confirming the certificate.

(11) Notwithstanding any other Act of Parliament, a determination of a judge under any of subsections (8) to (10) is final and is not subject to review or appeal by any court.

(12) If a certificate is varied or cancelled under this section, the Attorney General of Canada shall, as soon as possible after the decision of the judge and in a manner that mentions the original publication of the certificate, cause to be published in the *Canada Gazette*

(a) the certificate as varied under subsection (8); or

(b) a notice of the cancellation of the certificate under subsection (9).

**38.14** (1) The person presiding at a criminal proceeding may make any order that he or she considers appropriate in the circumstances to protect the right of the accused to a fair trial, as long as that order complies with the terms of any order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in relation to that proceeding, any judgment made on appeal from, or review of, the order, or any certificate issued under section 38.13.

(6) Les articles 38.11 et 38.12 s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à la demande présentée au titre du paragraphe (1).

(7) Le juge étudie la demande le plus tôt possible, mais au plus tard dans les dix jours suivant la présentation de la demande au titre du paragraphe (1).

(8) Si le juge estime qu'une partie des renseignements visés par le certificat ne porte pas sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère — au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information* — ou qui concernent une telle entité ni sur la défense ou la sécurité nationales, il modifie celui-ci en conséquence par ordonnance.

(9) Si le juge estime qu'aucun renseignement visé par le certificat ne porte sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère — au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information* — ou qui concernent une telle entité, ni sur la défense ou la sécurité nationales, il révoque celui-ci par ordonnance.

(10) Si le juge estime que tous les renseignements visés par le certificat portent sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère — au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information* — ou qui concernent une telle entité, ou sur la défense ou la sécurité nationales, il confirme celui-ci par ordonnance.

(11) La décision du juge rendue au titre de l'un des paragraphes (8) à (10) est définitive et, par dérogation à toute autre loi fédérale, non susceptible d'appel ni de révision judiciaire.

(12) Dès que possible après la décision du juge, le procureur général du Canada fait publier dans la *Gazette du Canada*, avec mention du certificat publié antérieurement :

a) le certificat modifié au titre du paragraphe (8);

b) un avis de la révocation d'un certificat au titre du paragraphe (9).

**38.14** (1) La personne qui préside une instance criminelle peut rendre l'ordonnance qu'elle estime indiquée en l'espèce en vue de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, pourvu que telle ordonnance soit conforme à une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à cette instance, a une décision en appel ou découlant de l'examen ou au certificat délivré au titre de l'article 38.13.

(2) The orders that may be made under subsection (1) include, but are not limited to, the following orders:

(a) an order dismissing specified counts of the indictment or information, or permitting the indictment or information to proceed only in respect of a lesser or included offence;

(b) an order effecting a stay of the proceedings; and

(c) an order finding against any party on any issue relating to information the disclosure of which is prohibited.

**38.15** (1) If sensitive information or potentially injurious information may be disclosed in connection with a prosecution that is not instituted by the Attorney General of Canada or on his or her behalf, the Attorney General of Canada may issue a fiat and serve the fiat on the prosecutor.

(2) When a fiat is served on a prosecutor, the fiat establishes the exclusive authority of the Attorney General of Canada with respect to the conduct of the prosecution described in the fiat or any related process.

(3) If a prosecution described in the fiat or any related process is conducted by or on behalf of the Attorney General of Canada, the fiat or a copy of the fiat shall be filed with the court in which the prosecution or process is conducted.

(4) The fiat or a copy of the fiat

(a) is conclusive proof that the prosecution described in the fiat or any related process may be conducted by or on behalf of the Attorney General of Canada; and

(b) is admissible in evidence without proof of the signature or official character of the Attorney General of Canada.

(5) This section does not apply to a proceeding under Part III of the *National Defence Act*.

**38.16** The Governor in Council may make any regulations that the Governor in Council considers necessary to carry into effect the purposes and provisions of sections 38 to 38.15, including regulations respecting the notices, certificates and the fiat.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.*

(2) L'ordonnance rendue au titre du paragraphe (1) peut notamment :

a) annuler un chef d'accusation d'un acte d'accusation ou d'une dénonciation, ou autoriser l'instruction d'un chef d'accusation ou d'une dénonciation pour une infraction moins grave ou une infraction incluse;

b) ordonner l'arrêt des procédures;

c) être rendue à l'encontre de toute partie sur toute question liée aux renseignements dont la divulgation est interdite.

**38.15** (1) Dans le cas où des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables peuvent être divulgués dans le cadre d'une poursuite qui n'est pas engagée par le procureur général du Canada ou pour son compte, il peut délivrer un fiat et le faire signifier au poursuivant.

(2) Le fiat établit la compétence exclusive du procureur général du Canada à l'égard de la poursuite qui y est mentionnée et des procédures qui y sont liées.

(3) L'original ou un double du fiat est déposé devant le tribunal saisi de la poursuite — ou d'une autre procédure liée à celle-ci — engagée par le procureur général du Canada ou pour son compte.

(4) Le fiat ou le double de celui-ci :

a) est une preuve concluante que le procureur général du Canada ou son délégué a compétence pour mener la poursuite qui y est mentionnée ou les procédures qui y sont liées;

b) est admissible en preuve sans qu'il soit nécessaire de prouver la signature ou la qualité officielle du procureur général du Canada.

(5) Le présent article ne s'applique pas aux instances engagées sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*.

**38.16** Le gouverneur en conseil peut, par règlement, prendre les mesures qu'il estime nécessaires à l'application des articles 38 à 38.15, notamment régir les avis, certificats et fiat.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.*

*Solicitor for the respondent Asad Ansari: John Norris, Toronto.*

*Solicitors for the respondents Shareef Abdelhaleem and Amin Mohamed Durrani: Rocco Galati Law Firm Professional Corporation, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Steven Vikash Chand: Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.*

*Solicitor for the respondent Saad Gaya: Paul B. Slansky, Toronto.*

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

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Kapoor Barristers, Toronto.*

*Procureur de l'intimé Asad Ansari : John Norris, Toronto.*

*Procureurs des intimés Shareef Abdelhaleem et Amin Mohamed Durrani : Rocco Galati Law Firm Professional Corporation, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé Steven Vikash Chand : Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.*

*Procureur de l'intimé Saad Gaya : Paul B. Slansky, Toronto.*

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

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Kapoor Barristers, Toronto.*

**Vernon Joseph Smith** *Appellant*

v.

**Alliance Pipeline Ltd.** *Respondent*

and

**Arbitration Committee, appointed pursuant to the National Energy Board Act, R.S.C. 1985, c. N-7, Part V** *Intervener*

**INDEXED AS: SMITH v. ALLIANCE PIPELINE LTD.**  
**2011 SCC 7**

File No.: 33203.

2010: October 5; 2011: February 11.

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

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL**

*Administrative law — Judicial review — Standard of review — Land expropriated by pipeline company pursuant to agreement — Expropriated party not fully compensated and Pipeline Arbitration Committee appointed pursuant to National Energy Board Act — Queen's Bench action commenced by company and then discontinued — First committee aborted and a second committee appointed — Second committee awarding costs for proceedings before both committees and for court action — Whether standard of reasonableness applicable to second committee's decision on costs — National Energy Board Act, R.S.C. 1985, c. N-7, ss. 75, 99(1).*

*Administrative law — Boards and Tribunals — Jurisdiction — Costs — Land expropriated by pipeline company pursuant to agreement — Expropriated party not fully compensated and Pipeline Arbitration Committee appointed pursuant to National Energy Board Act — Queen's Bench action commenced by company and then discontinued — First committee aborted and a second committee appointed — Second committee awarding costs for proceedings before both committees and for*

**Vernon Joseph Smith** *Appellant*

c.

**Alliance Pipeline Ltd.** *Intimée*

et

**Comité d'arbitrage, nommé en vertu de la Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. 1985, ch. N-7, partie V** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : SMITH c. ALLIANCE PIPELINE LTD.**  
**2011 CSC 7**

N° du greffe : 33203.

2010 : 5 octobre; 2011 : 11 février.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Expropriation d'un terrain par une compagnie de pipeline aux termes d'un contrat — Indemnisation partielle de la partie expropriée et constitution d'un comité d'arbitrage sur les pipelines en vertu de la Loi sur l'Office national de l'énergie — Action intentée devant la Cour du Banc de la Reine puis retirée par la compagnie — Dissolution du premier comité et constitution d'un second comité — Octroi par le second comité des frais afférents aux instances devant les deux comités et des dépens relatifs à l'action devant la cour — La norme de la décision raisonnable s'applique-t-elle à la décision du second comité sur les frais et dépens? — Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. 1985, ch. N-7, art. 75, 99(1).*

*Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Frais et dépens — Expropriation d'un terrain par une compagnie de pipeline aux termes d'un contrat — Indemnisation partielle de la partie expropriée et constitution d'un comité d'arbitrage sur les pipelines en vertu de la Loi sur l'Office national de l'énergie — Action intentée devant la Cour du Banc de la Reine puis retirée par la compagnie — Dissolution du premier comité et constitution d'un second*

*court action — Whether tribunal having jurisdiction to order such costs — National Energy Board Act, R.S.C. 1985, c. N-7, ss. 75, 99(1).*

In 1998, the respondent, A, obtained approval from the National Energy Board to build a pipeline that would cross the farmland of S. A completed the pipeline in 1999, but failed to perform the agreed-upon reclamation work on the easement the following spring. S proceeded to do so on his own. A offered to pay only part of the invoice submitted by S. S filed a Notice of Arbitration, and a hearing took place before the first Pipeline Arbitration Committee. Before a decision was rendered, A decided to perform maintenance work on its easement and asked S for permission to use a portion of his private property that lay outside the company's right-of-way. S asked for prior compensation before giving his approval, and in response, A instituted proceedings before the Alberta Court of Queen's Bench seeking, among other things, unhindered access to S's land and an order that the first committee not render its decision until the Queen's Bench action was resolved. A eventually discontinued its action and ultimately paid less than one quarter of the fees and disbursements S had by then incurred in defending the action. Meanwhile, the arbitration proceedings failed to get resolved because one of the members of the first Arbitration Committee was elevated to the bench. A second Arbitration Committee was appointed and in his amended Notice of Arbitration, S sought compensation for his reclamation work as well as his costs before the first Arbitration Committee and for \$16,222.57 in solicitor-client costs which was the balance of his legal expenses resulting from the discontinued Queen's Bench action. The second Arbitration Committee awarded him a portion of his costs from the first Arbitration Committee proceedings and the balance of his solicitor-client costs on the action and motion before the Court of Queen's Bench. On appeal by A, the Federal Court concluded that this decision was reasonable but on further appeal, the Federal Court of Appeal concluded that the second Arbitration Committee had erred.

*Held:* The appeal is allowed and the decision of the second Arbitration Committee is restored with costs to S throughout, on a solicitor-client basis.

*comité — Octroi par le second comité des frais afférents aux instances devant les deux comités et des dépens relatifs à l'action devant la cour — Le tribunal administratif est-il habilité à accorder ces frais et dépens? — Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. 1985, ch. N-7, art. 75, 99(1).*

En 1998, l'intimée, A, a obtenu de l'Office national de l'énergie l'autorisation de construire un pipeline traversant les terres agricoles de S. A a achevé la construction du pipeline en 1999, mais elle a négligé d'exécuter les travaux de bonification qu'elle s'était engagée à réaliser sur l'emprise le printemps suivant. S a effectué lui-même les travaux. A n'a offert de payer qu'une partie des frais établis dans la facture qu'il avait soumise. S a déposé un avis d'arbitrage, et une audience a eu lieu devant le premier comité d'arbitrage sur les pipelines. Avant qu'une décision soit rendue, A a décidé de procéder à des travaux d'entretien sur l'emprise et a demandé à S la permission d'utiliser une parcelle de la propriété privée de ce dernier qui se trouvait à l'extérieur de l'emprise de la compagnie. S a demandé d'être indemnisé avant de donner son accord. En réaction, A a introduit une instance devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta pour réclamer notamment l'accès sans entrave à la terre de S et une ordonnance enjoignant au premier comité de ne pas rendre de décision tant que l'action intentée devant la Cour du Banc de la Reine ne serait pas tranchée. A a fini par se désister de l'action et par payer moins du quart des frais et débours que S avait jusque-là engagés pour contester l'action. Entre-temps, la procédure d'arbitrage s'est enlisée parce qu'un des membres du premier comité avait été nommé juge. Un second comité d'arbitrage a été constitué et, dans son avis d'arbitrage modifié, S a demandé à être indemnisé des travaux de bonification qu'il avait effectués, des frais de l'instance qui s'était déroulée devant le premier comité, ainsi que de 16 222,57 \$ à titre de dépens procureur-client, soit le reste de ses frais de justice à la suite de l'action annulée devant la Cour du Banc de la Reine. Le second comité d'arbitrage lui a accordé une partie de ses frais afférents à l'instance s'étant déroulée devant le premier comité d'arbitrage ainsi que le reste de ses dépens procureur-client relatifs à l'action et à la requête devant la Cour du Banc de la Reine. Lors de l'appel interjeté par A, la Cour fédérale a conclu que cette décision était raisonnable, mais, saisie à son tour d'un appel, la Cour d'appel fédérale a conclu que le second comité d'arbitrage avait commis une erreur.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et la décision du second comité d'arbitrage est rétablie avec dépens en faveur de S devant toutes les juridictions sur la base procureur-client.

*Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.:* Applying the analytical framework of *Dunsmuir*, it is clear that the governing standard of review is reasonableness. The second committee was interpreting its home statute which usually attracts a reasonableness standard of review. Moreover, the committee was interpreting s. 99(1) of the *National Energy Board Act* (“*NEBA*”), a provision of its home statute regarding awards for costs. Awards for costs are invariably fact-sensitive and generally discretionary. The statutory language involved reflects a legislative intention to vest in arbitration committees sole responsibility for determining the nature and the amount of the costs to be awarded in the disputes they are bound under the *NEBA* to resolve. In discharging that responsibility, committees must interpret s. 99(1) in order to apply it in accordance with their statutory mandate. These considerations all fall within categories which according to *Dunsmuir* generally attract the standard of reasonableness. Cumulatively considered, they point unmistakably to that standard.

The impugned decision of the second committee satisfies that standard. The second committee reasonably found that it was entitled under s. 99(1) of the *NEBA* to make the impugned awards on costs. The committee’s reasoning in interpreting and applying this provision is coherent. It acknowledged that it had awarded S compensation exceeding eighty-five percent of the amount offered by A, thereby triggering the application of s. 99(1). The reasonableness of the second committee’s conclusion that s. 99(1) of the *NEBA* merits a broad reading accords with the plain words of the provision, its legislative history, its evident purpose, and its statutory context. Moreover, it rests comfortably on the foundational principle of full compensation that animates both the *NEBA* and expropriation law generally.

It is not open to dispute that S, as a matter of fact, incurred all of the costs he was awarded by the committee. The committee found those costs to have been reasonably incurred. The committee concluded, again reasonably, that S’s costs before both arbitration committees and in the Queen’s Bench all related to a single claim for compensation in respect of a single expropriation by a single expropriating party.

*La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell :* Il ressort clairement de l’application du cadre analytique énoncé dans l’arrêt *Dunsmuir* que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable. Le second comité interprétait sa loi constitutive, ce qui entraîne généralement l’application de la norme de contrôle de la décision raisonnable. En outre, le comité interprétait le par. 99(1) de la *Loi sur l’Office national de l’énergie* (« *LONE* »), une disposition de sa loi constitutive portant sur l’adjudication des dépens. Les décisions à cet égard sont invariablement tributaires des faits et ont en règle générale un caractère discrétionnaire. Le texte de la loi concernée traduit la volonté du législateur de confier en exclusivité aux comités d’arbitrage la responsabilité de déterminer la nature et le montant des frais à accorder dans les litiges qu’ils sont tenus de trancher aux termes de la *LONE*. Lorsqu’ils s’acquittent de cette responsabilité, les comités doivent interpréter le par. 99(1) de manière à l’appliquer conformément au mandat que la loi leur confie. Ces considérations entrent toutes dans des catégories qui, d’après l’arrêt *Dunsmuir*, donnent généralement lieu à l’application de la norme de la raisonabilité. Prises globalement, elles indiquent sans l’ombre d’un doute que c’est bien cette norme qui s’applique.

La décision contestée du second comité satisfait à cette norme. Le second comité a raisonnablement conclu que le par. 99(1) de la *LONE* l’autorisait à rendre les décisions qu’il a prises au sujet des frais et des dépens et qui sont contestées. Le raisonnement qu’a suivi le comité pour interpréter et appliquer cette disposition est cohérent. Il a reconnu qu’il avait accordé à S une indemnité supérieure à quatre-vingt-cinq pour cent de celle offerte par A, ce qui entraînait l’application du par. 99(1). Le caractère raisonnable de la conclusion du second comité suivant laquelle il convient d’interpréter de façon large le par. 99(1) de la *LONE* s’accorde avec le libellé explicite de cette disposition, ainsi qu’avec son historique législatif, son objet manifeste et son contexte législatif. Qui plus est, cette interprétation est solidement ancrée dans le principe fondamental de l’indemnisation intégrale, lequel imprègne tant la *LONE* que le droit de l’expropriation en général.

Il est incontestable que S a effectivement engagé tous les frais que le comité a ordonné à la compagnie de lui payer. Le comité a conclu que ces frais avaient été entraînés par l’exercice du recours. Le comité a jugé, là encore de façon raisonnable, que les frais et les dépens engagés par S — tant devant les comités d’arbitrage que devant la Cour du Banc de la Reine — se rapportaient tous à une seule et même demande d’indemnité portant sur une seule et même expropriation effectuée par une seule et même autorité expropriante.



In allowing the appeal and restoring the second committee's decision, S is also awarded his costs throughout, on a solicitor-client basis. In the context of modern expropriation law, where statutes authorize awards of "all legal, appraisal and other costs", Canadian jurisprudence and doctrine demonstrate that costs on a solicitor-and-client basis should generally be given. Awarding costs on a solicitor-client basis accords well with the object and purpose of the *NEBA*. Only this type of award can indemnify S as best one can for the inordinate amount of money — to say nothing of time — he has had to invest in what should have been an expeditious process. Lastly, S should not be made to bear the costs of what is clearly a test case for A.

*Per Deschamps J.:* While it is agreed that the proper standard of review in this case is reasonableness and that the decision of the second committee in making the costs award to S satisfied that standard, the same cannot be said for the proposition that an administrative decision-maker's interpretation of its home statute, absent indicia of its particular familiarity with the statute, attracts deference unless the question raised is constitutional, of central importance to the legal system or concerned with demarcating one tribunal's authority from another. On the contrary, principles of administrative law, jurisprudence and commentary support the position that according deference to an administrative decision-maker's interpretation of its home statute is anchored in the need to respect legislative intent to leave these interpretative issues to certain decision-makers when there is good reason to do so. Most of the time, the reason is that the decision-maker possesses expertise or experience that puts it in a better position to interpret its home statute relative to a court. There is no presumption of expertise or experience flowing from the mere fact that an administrative decision-maker is interpreting its enabling statute.

In *Dunsmuir*, various categories of question were articulated based on pre-existing jurisprudence in order to assist in resolving the standard of review. *Dunsmuir* does not, however, recognize a broad home statute category, but rather a category grounded in the relative expertise or experience of the decision-maker. According deference to an administrative decision-maker merely for the reason that it is interpreting its home statute and no constitutional question, centrally important legal question, or question about the limits

La décision faisant droit à l'appel et rétablissant la décision du second comité accorde également à S ses dépens devant toutes les juridictions sur la base procureur-client. Dans le contexte du droit de l'expropriation actuel, où la loi permet d'accorder « tous les frais, notamment de procédure et d'évaluation », il ressort de la jurisprudence et de la doctrine canadiennes qu'il convient en règle générale d'adjuger les dépens sur la base procureur-client. L'adjudication des dépens sur cette base s'accorde bien avec l'objet de la *LONE*. Seule une décision de ce genre est susceptible d'indemniser S aussi intégralement que faire se peut des sommes considérables — sans parler du temps — que ce dernier a dû consacrer à ce qui aurait dû être une procédure expéditive. Enfin, il ne convient pas d'obliger S à supporter les frais d'une affaire qui constitue manifestement une cause-type pour A.

*La juge Deschamps :* Certes, nous convenons que la norme de contrôle appropriée en l'espèce est celle de la décision raisonnable et que la décision du second comité accordant à S les frais et dépens satisfaisait à cette norme. Or, il n'en va pas de même de la thèse selon laquelle l'interprétation par un décideur administratif de sa loi constitutive — en l'absence d'indices démontrant que ce dernier possède une connaissance approfondie de cette loi — commande la déférence sauf si la question soulevée est d'ordre constitutionnel, si elle revêt une importance capitale pour le système juridique ou si elle vise à délimiter les compétences respectives de tribunaux administratifs. Au contraire, les principes de droit administratif, la jurisprudence et la doctrine appuient l'argument selon lequel la déférence accordée à l'interprétation par un tribunal administratif de sa loi constitutive repose sur la nécessité de respecter l'intention du législateur de laisser certains décideurs administratifs trancher ces questions d'interprétation lorsqu'il existe une bonne raison de le faire. La plupart du temps, c'est parce que le décideur possède une expertise ou une expérience qui le place dans une meilleure position que les tribunaux judiciaires pour interpréter sa loi constitutive. Aucune présomption au sujet de l'expertise ou de l'expérience ne découle du simple fait qu'un décideur administratif interprète sa loi habilitante.

Dans l'arrêt *Dunsmuir*, diverses catégories de questions ont été dégagées de la jurisprudence pour permettre de déterminer la bonne norme de contrôle. Cependant, *Dunsmuir* reconnaît non pas une vaste catégorie de questions relatives à la loi constitutive, mais plutôt une catégorie fondée sur l'expertise ou l'expérience relative du décideur administratif. Faire preuve de déférence envers un décideur administratif simplement parce qu'il interprète sa loi constitutive et qu'il n'est saisi d'aucune question constitutionnelle ou question revêtant une

of its authority *vis-à-vis* another tribunal is incomplete. Such a position is purely formalistic and loses sight of the rationale for according deference to an interpretation of the home statute that has developed in the jurisprudence: namely, that the legislature has manifested an intent to draw on the relative expertise or experience of the administrative body to resolve the interpretative issues before it. Such intent cannot simply be presumed from the creation of an administrative body by the legislature. Provided that no other category of question for resolving the standard of review is engaged and absent indicia of the decision-maker's familiarity with its home statute, courts should move to the second step of *Dunsmuir* and consider the contextual factors.

In the case at bar, there is no indication that Parliament intended the arbitration committee to have particular familiarity with its home statute, the *NEBA*. Arbitration committees are appointed *ad hoc* under the *NEBA* and while they may include practising lawyers, there is nothing to suggest — in the legislative scheme or otherwise — that they hold any sort of expertise or experience relative to a court when it comes to interpreting the *NEBA*. Though decisions of arbitration committees are subject to review on questions of law or jurisdiction, it is notable that Parliament grants a right of appeal from a committee decision to the Federal Court. In this appeal, deference should be accorded to the second committee, not because it interpreted its home statute, but because it exercised its statutorily conferred discretion to make an award of costs. *Dunsmuir* recognized that for matters of discretion, “deference will usually apply automatically”. This, and not the mere fact that the second committee was interpreting its home statute, militates in favour of according deference.

### Cases Cited

By Fish J.

**Applied:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **referred to:** *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3; *Canadian Union of Public*

importance capitale pour le système juridique ou visant à délimiter sa compétence par rapport à celle d'un autre tribunal administratif témoigne d'une démarche incomplète. Cette position purement formaliste fait abstraction de la raison énoncée dans la jurisprudence pour justifier la déférence à l'égard de l'interprétation par un tribunal administratif de sa loi constitutive, à savoir l'intention exprimée par le législateur de s'en remettre à l'expertise ou à l'expérience relative de l'organisme administratif en cause pour résoudre les questions d'interprétation soumises à ce dernier. Cette intention ne peut pas être présumée du seul fait que le législateur a créé l'organisme administratif en question. Si aucune autre catégorie de questions ne permet d'arrêter la norme de contrôle et en l'absence d'indices relatifs à la connaissance que possède le décideur de sa loi constitutive, la cour doit alors passer à la seconde étape de l'analyse établie dans l'arrêt *Dunsmuir* et tenir compte de facteurs contextuels.

En l'espèce, rien n'indique que le législateur requerrait que le comité d'arbitrage ait une connaissance approfondie de sa loi constitutive, en l'occurrence la *LONE*. Les comités d'arbitrage sont des comités *ad hoc*, constitués en vertu de la *LONE*, et, bien qu'ils puissent y avoir des avocats en exercice dans leurs rangs, rien — dans le régime établi par la loi ou ailleurs — ne tend à indiquer qu'ils possèdent quelque expertise ou expérience particulière par rapport aux tribunaux judiciaires lorsqu'il s'agit d'interpréter la *LONE*. Bien que les décisions des comités d'arbitrage soient susceptibles de contrôle judiciaire sur une question de droit ou de compétence, il convient de signaler que le législateur a prévu la possibilité d'interjeter appel des décisions des comités devant la Cour fédérale. En l'espèce, il convient de faire montre de déférence envers le second comité, non pas parce qu'il interprétait sa loi constitutive, mais parce qu'il exerçait le pouvoir discrétionnaire que lui confère la *LONE* en matière d'adjudication de frais. Il a été reconnu dans *Dunsmuir* qu'en présence d'une question touchant au pouvoir discrétionnaire « la retenue s'impose habituellement d'emblée ». Ces considérations, et non le simple fait que le second comité interprétait sa loi constitutive, militent en faveur de la déférence en l'espèce.

### Jurisprudence

Citée par le juge Fish

**Arrêt appliqué :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **arrêts mentionnés :** *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1

*Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Re Conger Lehigh Coal Co. and City of Toronto*, [1934] O.R. 35; *Diggon-Hibben, Ltd. v. The King*, [1949] S.C.R. 712; *Irving Oil Co. v. The King*, [1946] S.C.R. 551; *Toronto Area Transit Operating Authority v. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 S.C.R. 32; *Ian MacDonald Library Services Ltd. v. P.Z. Resort Systems Inc.* (1987), 14 B.C.L.R. (2d) 273; *Christian & Missionary Alliance v. Municipality of Metropolitan Toronto* (1973), 3 O.R. (2d) 655; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; *Campbell River Woodworkers' & Builders' Supply (1966) Ltd. v. British Columbia (Minister of Transportation & Highways)*, 2004 BCCA 27, 22 B.C.L.R. (4th) 210; *Thoreson v. Alberta (Minister of Infrastructure)*, 2007 ABCA 272, 79 Alta. L.R. (4th) 75; *Town of Mahone Bay v. Lohnes* (1983), 59 N.S.R. (2d) 68, aff'd (1983), 59 N.S.R. (2d) 65; *Lohnes v. Town of Mahone Bay* (1983), 28 L.C.R. 338; *McKean v. Ontario (Ministry of Transportation)* (2008), 94 L.C.R. 185; *Bayview Builder's Supply (1972) Ltd. v. British Columbia (Minister of Transportation & Highways)*, 1999 BCCA 320, 67 B.C.L.R. (3d) 312; *Holdom v. British Columbia Transit*, 2006 BCCA 488, 58 B.C.L.R. (4th) 207; *Hill v. Nova Scotia (Attorney General)(No. 2)* (1997), 155 D.L.R. (4th) 767 (S.C.C.); *Foulis v. Robinson* (1978), 92 D.L.R. (3d) 134.

By Deschamps J.

**Referred to:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, 2003 SCC 28, [2003] 1 S.C.R. 476; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226; *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec v. Proprio Direct inc.*, 2008 SCC 32, [2008] 2 S.C.R. 195; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R.

R.C.S. 3; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Re Conger Lehigh Coal Co. and City of Toronto*, [1934] O.R. 35; *Diggon-Hibben, Ltd. c. The King*, [1949] R.C.S. 712; *Irving Oil Co. c. The King*, [1946] R.C.S. 551; *Régie des transports en commun de la région de Toronto c. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 R.C.S. 32; *Ian MacDonald Library Services Ltd. c. P.Z. Resort Systems Inc.* (1987), 14 B.C.L.R. (2d) 273; *Christian & Missionary Alliance c. Municipality of Metropolitan Toronto* (1973), 3 O.R. (2d) 655; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Campbell River Woodworkers' & Builders' Supply (1966) Ltd. c. British Columbia (Minister of Transportation & Highways)*, 2004 BCCA 27, 22 B.C.L.R. (4th) 210; *Thoreson c. Alberta (Minister of Infrastructure)*, 2007 ABCA 272, 79 Alta. L.R. (4th) 75; *Town of Mahone Bay c. Lohnes* (1983), 59 N.S.R. (2d) 68, conf. par (1983), 59 N.S.R. (2d) 65; *Lohnes c. Town of Mahone Bay* (1983), 28 L.C.R. 338; *McKean c. Ontario (Ministry of Transportation)* (2008), 94 L.C.R. 185; *Bayview Builder's Supply (1972) Ltd. c. British Columbia (Minister of Transportation & Highways)*, 1999 BCCA 320, 67 B.C.L.R. (3d) 312; *Holdom c. British Columbia Transit*, 2006 BCCA 488, 58 B.C.L.R. (4th) 207; *Hill c. Nova Scotia (Attorney General) (No. 2)* (1997), 155 D.L.R. (4th) 767 (C.S.C.); *Foulis c. Robinson* (1978), 92 D.L.R. (3d) 134.

Citée par la juge Deschamps

**Arrêts mentionnés :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., District 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, 2003 CSC 28, [2003] 1 R.C.S. 476; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226; *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct inc.*, 2008 CSC 32, [2008] 2 R.C.S. 195; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Nolan c.*

678; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the National Energy Board Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 80.  
*Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, r. 601(2)(d)(ii).  
*Financial Services Commission of Ontario Act, 1997*, S.O. 1997, c. 28, ss. 6(4), 7(2).  
*National Energy Board Act*, R.S.C. 1970, c. N-6, s. 75.  
*National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7, ss. 3, 22(1), 23(1), 75, 99(1), 101.  
*Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, ss. 145 to 184, 186.  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 47.

### Authors Cited

Boyd, Kenneth J. *Expropriation in Canada: A Practitioner's Guide*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988.  
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VII, 1st Sess., 32nd Parl., March 6, 1981, p. 8006.  
 Canada. Law Reform Commission. Working Paper 9. *Expropriation*. Ottawa: Information Canada, 1975.  
 Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.  
 Jacobs, Laverne. "Developments in Administrative Law: The 2007-2008 Term — The Impact of *Dunsmuir*" (2008), 43 *S.C.L.R.* (2d) 1.  
 Macaulay, Robert W., and James L. H. Sprague. *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals*, vol. 3. Toronto: Carswell, 2004 (loose-leaf updated 2010, release 8).  
 McLachlin, Beverley. "The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law" (1998), 12 *C.J.A.L.P.* 171.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.  
 Todd, Eric C. E. *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Noël, Nadon and Pelletier JJ.A.), 2009 FCA 110, 389 N.R. 363, 42 C.E.L.R. (3d) 1, [2009] F.C.J. No. 407 (QL), 2009 CarswellNat 836,

*Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3.

### Lois et règlements cités

*Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, règle 601(2)d(ii).  
*Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario*, L.O. 1997, ch. 28, art. 6(4), 7(2).  
*Loi modifiant la Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.C. 1980-81-82-83, ch. 80.  
*Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. 1970, ch. N-6, art. 75.  
*Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. 1985, ch. N-7, art. 3, 22(1), 23(1), 75, 99(1), 101.  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 47.  
*Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. 1970, ch. R-2, art. 145 à 184, 186.

### Doctrine citée

Boyd, Kenneth J. *Expropriation in Canada: A Practitioner's Guide*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988.  
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VII, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 6 mars 1981, p. 8006.  
 Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 9. *L'expropriation*. Ottawa: Information Canada, 1975.  
 Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.  
 Jacobs, Laverne. « Developments in Administrative Law: The 2007-2008 Term — The Impact of *Dunsmuir* » (2008), 43 *S.C.L.R.* (2d) 1.  
 Macaulay, Robert W., and James L. H. Sprague. *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals*, vol. 3. Toronto: Carswell, 2004 (loose-leaf updated 2010, release 8).  
 McLachlin, Beverley. « The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law » (1998), 12 *C.J.A.L.P.* 171.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.  
 Todd, Eric C. E. *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Noël, Nadon et Pelletier), 2009 CAF 110, 389 N.R. 363, 42 C.E.L.R. (3d) 1, [2009] A.C.F. n° 407 (QL), 2009 CarswellNat 5476, qui

reversing a decision of O’Keefe J., 2008 FC 12, 34 C.E.L.R. (3d) 138, 318 F.T.R. 100, [2008] F.C.J. No. 28 (QL), 2008 CarswellNat 35, which upheld a decision of the second Pipeline Arbitration Committee. Appeal allowed.

*Richard C. Secord, Meaghan M. Conroy and Yuk-Sing Cheng*, for the appellant.

*Munaf Mohamed and Jillian Strugnell*, for the respondent.

No one appeared for the intervener the Arbitration Committee, appointed pursuant to the *National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7, Part V.

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

FISH J. —

I

[1] The seeds of this dispute were sown in a thin layer of manure spread by the appellant on a strip of his land that the respondent was obliged to reclaim.

[2] Pursuant to an expropriation agreement, the respondent had obtained a right-of-way over the land in question. The respondent failed to reclaim the land in a timely manner, as required by the agreement, and refused to fully compensate the appellant for having done so in its stead. The appellant turned to statutorily mandated arbitration for what was meant to assure an expeditious resolution of the dispute.

[3] What ensued was anything but: Two Arbitration Committee hearings, one Court of Queen’s Bench action, one judicial review, one appellate review proceeding, and thousands of dollars later, the appellant has only now reached the end of what should have been a short road to full compensation.

a infirmé une décision du juge O’Keefe, 2008 CF 12, 34 C.E.L.R. (3d) 138, 318 F.T.R. 100, [2008] F.C.J. No. 28 (QL), 2008 CarswellNat 1427, qui a confirmé une décision du second comité d’arbitrage sur les pipelines. Pourvoi accueilli.

*Richard C. Secord, Meaghan M. Conroy et Yuk-Sing Cheng*, pour l’appellant.

*Munaf Mohamed et Jillian Strugnell*, pour l’intimée.

Personne n’a comparu pour l’intervenant le Comité d’arbitrage, nommé en vertu de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*, L.R.C. 1985, ch. N-7, partie V.

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

LE JUGE FISH —

I

[1] Le présent litige a germé dans la mince couche de fumier que l’appelant a épandu sur une bande de terrain lui appartenant, que l’intimée avait l’obligation de bonifier.

[2] L’intimée, qui avait obtenu un droit de passage dans le terrain en question aux termes d’un contrat d’expropriation, a fait défaut de bonifier les sols dans les délais prévus, contrairement à ce que stipulait le contrat, et elle a refusé d’indemniser intégralement l’appelant des travaux de bonification effectués par celui-ci à sa place. Ce dernier a recouru à l’arbitrage prescrit par la loi, procédure censée assurer un règlement expéditif du litige.

[3] Les procédures qui ont suivi ont été tout sauf expéditives : deux audiences de comités d’arbitrage, une action devant la Cour du Banc de la Reine, un contrôle judiciaire et un appel. Après avoir englouti des milliers de dollars, l’appelant termine enfin aujourd’hui ce qui aurait dû être une procédure rapide pour obtenir une indemnisation intégrale.

[4] Proceedings before the first Arbitration Committee were aborted and a second Committee was appointed. The second Committee awarded the appellant the costs he had incurred in asserting his claim before it. In addition, it awarded the appellant most of his costs on the proceedings before the first Arbitration Committee and the costs he had incurred in defending related proceedings instituted by the respondent in the Court of Queen's Bench. These awards were upheld by the Federal Court on judicial review, but set aside by the Federal Court of Appeal.

[5] In my view, the decision of the second Arbitration Committee should be restored. As we shall see, it was subject to intervention on judicial review only if it was found to be unreasonable.

[6] I believe, on the contrary, that the Committee's decision is set out coherently and that its conclusions are entirely consistent with the statutory provisions it was bound to apply, notably ss. 75 and 99(1) of the *National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7 ("*NEBA*"). Section 75 expresses in statutory form the well-established principle that expropriating parties should be made economically whole "for all damage sustained by them by reason of [the expropriation]". In the same vein, s. 99(1) vests in Arbitration Committees a broad discretion in determining the incidental components of full compensation, which include "all legal, appraisal and other costs determined by the Committee to have been reasonably incurred [by the expropriated party] in asserting that person's claim for compensation".

[7] I see no basis for interfering with the Committee's application of these and other relevant provisions of the *NEBA* to the facts as it found them.

[8] For these reasons, and the reasons that follow, I would therefore allow the appeal and restore the

[4] L'instance introduite devant le premier comité n'a pas abouti. Un second comité a été constitué. Ce comité a accordé à l'appellant les frais entraînés par l'exercice de ce recours. Il lui a également accordé la plus grande partie des frais de l'instance qui s'était déroulée devant le premier comité, ainsi que les dépens qu'il avait engagés pour contester l'instance connexe introduite par l'intimée devant la Cour du Banc de la Reine. Ces décisions ont été confirmées par la Cour fédérale au terme d'un contrôle judiciaire, mais annulées par la suite par la Cour d'appel fédérale.

[5] À mon avis, la décision du second comité devrait être rétablie. Comme nous le verrons, cette décision ne pouvait être révisée dans le cadre d'un contrôle judiciaire que si elle était jugée déraisonnable.

[6] J'estime au contraire que le comité a exposé sa décision de façon cohérente et que ses conclusions sont tout à fait compatibles avec les dispositions législatives qu'il était tenu d'appliquer, notamment l'art. 75 et le par. 99(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. 1985, ch. N-7 (« *LONE* »). L'article 75 exprime, sous forme de disposition législative, le principe bien établi de common law suivant lequel les propriétaires expropriés ont le droit d'être indemnisés intégralement « [de tous les] dommages qu'ils ont subis en raison de [l'expropriation] ». Dans le même ordre d'idées, le par. 99(1) confère au comité d'arbitrage un vaste pouvoir discrétionnaire pour déterminer les éléments connexes d'une telle indemnisation, lesquels comprennent « tous les frais [de l'exproprié], notamment de procédure et d'évaluation, que le comité estime avoir été entraînés par l'exercice du recours ».

[7] Je ne vois aucune raison d'intervenir dans l'application, par le comité, des dispositions susmentionnées et des autres dispositions pertinentes de la *LONE* aux faits qu'il a constatés.

[8] Pour les motifs qui précèdent, et pour ceux exposés ci-après, je suis par conséquent d'avis de

Arbitration Committee's award, with costs throughout on a solicitor-client basis.

## II

[9] In 1998, the respondent, Alliance Pipeline Ltd. ("Alliance"), obtained approval from the National Energy Board to build a pipeline that would cross the farmland of the appellant. As directed by the NEBA, the parties concluded easement agreements, which provided compensation for the expropriated land. They also signed releases which are not in issue before us.

[10] Alliance completed the pipeline in 1999, but failed to perform the agreed-upon reclamation work on the easement the following spring, as Mr. Smith thought necessary. Mr. Smith thus proceeded to do so on his own. He submitted a \$9,829 invoice to Alliance. Alliance offered to pay only \$2,500.

[11] Mr. Smith filed a Notice of Arbitration in August 2001, pursuant to Part V of the NEBA. A hearing took place on May 6, 2003, before a three-member Pipeline Arbitration Committee (the "First Committee") appointed by the Minister of Natural Resources ("Minister"), and the Committee reserved judgment.

[12] In early June 2003, Alliance decided to perform maintenance work on its easement, pursuant to urgent recommendations of an assessment the company had commissioned a year earlier (but whose conclusions it had previously ignored). In order to access its easement, Alliance asked Mr. Smith for permission to use a 100-foot portion of his private property that lay outside the company's right-of-way. Frustrated by the respondent's unwillingness to pay his previous claim, Mr. Smith asked for prior compensation before giving his approval. During the ensuing disagreement, Mr. Smith expressed his exasperation with Alliance employees in angry and threatening terms. A company land agent notified

faire droit à l'appel et de rétablir la décision du comité d'arbitrage, le tout avec dépens sur la base procureur-client devant toutes les juridictions.

## II

[9] En 1998, l'intimée, Alliance Pipeline Ltd. (« Alliance »), a obtenu de l'Office national de l'énergie l'autorisation de construire un pipeline traversant les terres agricoles de l'appellant. Conformément à la LONE, les parties ont conclu des accords prévoyant la constitution de servitudes et le versement d'indemnités à l'égard des terrains expropriés. Elles ont également signé des décharges qui ne sont pas en litige dans le présent pourvoi.

[10] Alliance a achevé la construction du pipeline en 1999, mais elle a négligé d'exécuter les travaux de bonification qu'elle s'était engagée à réaliser sur l'emprise le printemps suivant, comme le jugeait nécessaire M. Smith. Celui-ci a en conséquence effectué lui-même les travaux puis soumis une facture de 9 829 \$ à Alliance. Cette dernière ne lui a offert que 2 500 \$.

[11] En août 2001, M. Smith a déposé un avis d'arbitrage en vertu de la partie V de la LONE. Une audience a eu lieu le 6 mai 2003 devant un comité d'arbitrage sur les pipelines composé de trois personnes (le « premier comité ») qui avait été constitué par le ministre des Ressources naturelles (« ministre »). Le premier comité a mis sa décision en délibéré.

[12] Au début de juin 2003, Alliance a décidé de procéder à des travaux d'entretien d'urgence sur l'emprise, pour donner suite aux recommandations que lui avait faites l'entreprise qu'elle avait chargée d'évaluer l'état des terrains en question l'année précédente (recommandations dont elle n'avait jusque-là pas tenu compte). Pour pouvoir accéder à son emprise, Alliance a demandé à M. Smith la permission d'utiliser une parcelle de 100 pieds de la propriété privée de ce dernier qui se trouvait à l'extérieur de l'emprise de la compagnie. Contrarié par la réticence de l'intimée à payer les frais qu'il lui avait déjà réclamés, M. Smith a demandé d'être indemnisé avant de donner son accord. Au cours

the RCMP, but after speaking with Mr. Smith, the police refused to lay charges.

[13] Alliance then instituted proceedings before the Alberta Court of Queen's Bench. In its statement of claim, Alliance sought; (1) unhindered access to Mr. Smith's land; (2) a declaration that Mr. Smith's compensation claim before the First Committee was precluded by the parties' releases; and (3) an order that the First Committee *not* render its decision until the Queen's Bench action was resolved.

[14] On August 7, 2003, Alliance filed a notice of motion seeking two interim injunctions: one to stay the First Committee proceedings, and another to compel Mr. Smith to give Alliance access to the easement. Madam Justice Nason dismissed Alliance's motion in October 2003 (2003 ABQB 843 (CanLII)) and awarded Mr. Smith party and party costs, which Alliance paid (A.R., vol. III, at pp. 59-62).

[15] Alliance waited a year and a half before discontinuing its Queen's Bench action on March 17, 2005, in respect of which it paid Mr. Smith \$4,565.97 in party and party costs, less than one quarter of the \$20,788.54 in fees and disbursements he had by then incurred in defending the action.

[16] Meanwhile, the arbitration proceedings failed to get resolved. On February 1, 2005, almost two years after the hearing but before any decision was rendered, the parties learned that one of the three members of the First Committee, Mr. John Gill, had been elevated to the bench. The First Committee thereby lost its quorum and the proceedings, in this matter and in 19 companion cases against Alliance, were thereupon aborted.

de la mésentente qui s'en est suivie, M. Smith a exprimé son exaspération envers les employés d'Alliance en tenant des propos coléreux et menaçants à leur endroit. Un agent foncier de la compagnie a prévenu la GRC, mais après avoir parlé à M. Smith, les policiers ont refusé de porter des accusations.

[13] Alliance a alors introduit une instance devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Dans sa déclaration, Alliance réclamait : (1) l'accès sans entrave à la terre de M. Smith; (2) un jugement déclaratoire portant que les décharges signées par les parties rendaient irrecevable la demande d'indemnisation dont M. Smith avait saisi le premier comité; et (3) une ordonnance enjoignant au premier comité de *ne pas* rendre de décision tant que l'action intentée devant la Cour du Banc de la Reine ne serait pas tranchée.

[14] Le 7 août 2003, Alliance a déposé un avis de requête dans lequel elle sollicitait deux injonctions provisoires : une première visant à suspendre la procédure se déroulant devant le premier comité, et une seconde obligeant M. Smith à lui donner accès à l'emprise. La juge Nason a rejeté la requête d'Alliance en octobre 2003 (2003 ABQB 843 (CanLII)) et a adjugé à M. Smith les dépens entre parties, qu'Alliance a payés (d.a., vol. III, p. 59-62).

[15] Alliance a attendu un an et demi, c'est-à-dire jusqu'au 17 mars 2005, avant de se désister de l'action qu'elle avait intentée devant la Cour du Banc de la Reine et à l'égard de laquelle elle a payé 4 565,97 \$ à titre de dépens entre parties à M. Smith, soit moins du quart des 20 788,54 \$ en frais et débours que ce dernier avait jusque-là engagés pour contester l'action.

[16] Entre-temps, la procédure d'arbitrage s'est enlisée. Le 1<sup>er</sup> février 2005, presque deux ans après l'audience mais avant qu'une décision ne soit rendue, les parties ont appris qu'un des trois membres du premier comité, M. John Gill, venait d'être nommé juge. Le premier comité a ainsi perdu son quorum, et les procédures engagées dans la présente affaire ainsi que dans 19 demandes connexes introduites contre Alliance ont de ce fait pris fin.



[17] The Minister appointed a new Arbitration Committee (the “Second Committee”) on August 11, 2005. In his amended Notice of Arbitration, Mr. Smith again sought compensation for his reclamation work. However, he added claims for his costs before the First Committee and for \$16,222.57 in solicitor-client costs — the balance of his legal expenses following Justice Nation’s ruling.

### III

[18] After a five-day hearing, the Second Committee allowed most of Mr. Smith’s claims. It also awarded him a portion of his costs from the First Committee proceedings and the balance of his solicitor-client costs on the action and motion before the Court of Queen’s Bench.

[19] On an appeal by Alliance to the Federal Court, pursuant to s. 101 of the *NEBA*, Justice O’Keefe concluded that the Second Committee’s award of part of the costs incurred by Mr. Smith before the First Committee was *reasonable*. He also found that since Mr. Smith was forced to defend the action in order to preserve his claim before the Committee, his participation in the action was part and parcel of his claim for compensation pursuant to the *NEBA* and it was equally *reasonable* to award him his costs pursuant to s. 99(1) (2008 FC 12, 34 C.E.L.R. (3d) 138).

[20] On a further appeal by Alliance to the Federal Court of Appeal, the court concluded that the Second Committee had erred in awarding Mr. Smith his costs before the First Committee and on the Queen’s Bench action (2009 FCA 110, 389 N.R. 363). Speaking for the court on this point, Nadon J.A. found it unnecessary to determine whether reasonableness or correctness was the appropriate standard of review, since he would have set aside the Second Committee’s

[17] Le ministre a constitué un nouveau comité d’arbitrage (le « second comité ») le 11 août 2005. Dans son avis d’arbitrage modifié, M. Smith a de nouveau demandé à être indemnisé des travaux de bonification qu’il avait effectués. Toutefois, il a également réclamé les frais de l’instance qui s’était déroulée devant le premier comité, ainsi que 16 222,57 \$ à titre de dépens procureur-client — soit le reste de ses frais de justice à la suite de la décision de la juge Nation.

### III

[18] Au terme de cinq jours d’audience, le second comité a fait droit à la plupart des prétentions de M. Smith. Il lui a également accordé une partie de ses frais afférents à l’instance s’étant déroulée devant le premier comité ainsi que le reste de ses dépens relatifs à l’action et à la requête devant la Cour du Banc de la Reine, et ce, sur la base procureur-client.

[19] Saisi de l’appel interjeté par Alliance à la Cour fédérale en vertu de l’art. 101 de la *LONE*, le juge O’Keefe a conclu que la décision du second comité d’adjudger une partie des frais engagés par M. Smith devant le premier comité était *raisonnable*. Il a également conclu que, comme M. Smith avait été contraint de se défendre contre l’action en Cour du Banc de la Reine pour protéger la demande qu’il avait soumise au comité, sa participation à cette action en justice faisait partie intégrante de sa demande d’indemnisation fondée sur la *LONE*, et qu’il était également *raisonnable* de lui adjudger les dépens en vertu du par. 99(1) (2008 CF 12, 34 C.E.L.R. (3d) 138).

[20] Saisie à son tour d’un appel interjeté par Alliance, la Cour d’appel fédérale a conclu que le second comité avait commis une erreur en adjudgeant à M. Smith les frais associés à l’instance qui s’était déroulée devant le premier comité ainsi que les dépens de l’action intentée devant la Cour du Banc de la Reine (2009 CAF 110 (CanLII)). S’exprimant au nom de la Cour d’appel fédérale sur cette question, le juge Nadon a estimé qu’il n’était pas nécessaire de déterminer si la norme de

decision no matter which standard of review he applied.

[21] In short concurring reasons, Justice Pelletier reprimanded Alliance for its delaying tactics. He explained disapprovingly that it was Alliance who asked the First Committee “to refrain from deciding Mr. Smith’s claim until the [action was] completed” (para. 70) and who “effectively stonewall[ed] Mr. Smith by reneging on its earlier position and commencing [an action before the Court of Queen’s Bench]” (para. 72). In his opinion, Alliance could and should have left the issue of the releases to be determined by the First Committee.

#### IV

[22] The overarching question before the Second Committee was whether “costs” in s. 99(1) of the *NEBA* refers solely to expenses incurred by an expropriated owner in the proceedings before it. On Alliance’s appeal to the Federal Court, the reviewing judge was required to determine, as a threshold question, whether to apply the standard of *correctness* or the less demanding standard of *reasonableness* in scrutinizing the Committee’s decision.

[23] In this context, I think it important to reiterate here that the extensive and formulaic inquiries of the past have now been replaced by the broader and less cumbersome approach set out by the Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

[24] Pursuant to *Dunsmuir*:

... the process of judicial review involves two steps. First, courts ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts must proceed to an analysis of the factors making it possible to identify the proper standard of review. [para. 62]

contrôle appropriée était celle de la décision raisonnable ou celle de la décision correcte, puisqu’il aurait annulé la décision du second comité quelle que soit la norme de contrôle qu’il aurait appliquée.

[21] Dans ses brefs motifs concourants, le juge Pelletier a réprimandé Alliance pour ses tactiques dilatoires. Il a reproché à l’entreprise d’avoir demandé au premier comité « de s’abstenir de statuer sur la demande de M. Smith jusqu’à la conclusion de [l’action] » (par. 70) et d’avoir « fait obstruction à M. Smith en revenant à sa position antérieure et en intentant, comme elle l’a fait, une [action] devant la Cour du Banc de la Reine » (par. 72). À son avis, Alliance aurait pu et aurait dû laisser au premier comité le soin de trancher la question des décharges.

#### IV

[22] La principale question que devait trancher le second comité était celle de savoir si les « frais » visés au par. 99(1) de la *LONE* ne comprennent que les dépenses engagées par l’exproprié au cours de l’instance se déroulant devant le comité d’arbitrage. Le juge saisi de l’appel interjeté à la Cour fédérale par Alliance devait d’abord déterminer s’il fallait appliquer la norme de la *décision correcte* ou celle, moins exigeante, de la *décision raisonnable* dans son analyse de la décision du comité.

[23] Dans cette optique, je crois qu’il est important de réitérer que les longues analyses du passé, qui reposaient sur des formules toutes faites, ont depuis été remplacées par la démarche plus large et moins lourde exposée par notre Cour dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

[24] Suivant l’arrêt *Dunsmuir* :

... le processus de contrôle judiciaire se déroule en deux étapes. Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l’analyse des éléments qui permettent d’arrêter la bonne norme de contrôle. [par. 62]

Even when resort to these factors is required, it may not be necessary to consider them all (para. 64).

[25] Accordingly, reviewing judges can usefully begin their analysis by determining whether the subject matter of the decision before them for review falls within one of the non-exhaustive categories identified by *Dunsmuir*. Under that approach, the first step will suffice to ascertain the standard of review applicable in this case.

[26] Under *Dunsmuir*, the identified categories are subject to review for either correctness or reasonableness. The standard of correctness governs: (1) a constitutional issue; (2) a question of “general law ‘that is both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s specialized area of expertise’” (*Dunsmuir*, at para. 60 citing *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, at para. 62); (3) the drawing of jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals; and (4) a “true question of jurisdiction or *vires*” (paras. 58-61). On the other hand, reasonableness is normally the governing standard where the question: (1) relates to the interpretation of the tribunal’s enabling (or “home”) statute or “statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity” (para. 54); (2) raises issues of fact, discretion or policy; or (3) involves inextricably intertwined legal and factual issues (paras. 51 and 53-54).

[27] Applying this analytical framework here, I am satisfied that the governing standard of review is reasonableness.

[28] In this case, the Committee was interpreting its home statute. Under *Dunsmuir*, this will usually

Même lorsqu’il faut recourir à ces facteurs, il n’est pas nécessaire de tenir compte de chacun d’entre eux (par. 64).

[25] En conséquence, le juge qui procède au contrôle judiciaire peut utilement commencer son analyse en se demandant si l’objet de la décision soumise à son examen appartient à l’une des catégories mentionnées dans la liste non exhaustive figurant dans l’arrêt *Dunsmuir*. Suivant cette approche, la première étape suffira pour déterminer la norme de contrôle applicable en l’espèce.

[26] Selon l’arrêt *Dunsmuir*, les catégories énumérées ci-après sont susceptibles de contrôle judiciaire soit selon la norme de la décision correcte soit selon celle de la décision raisonnable. La norme de la décision correcte s’applique : (1) aux questions constitutionnelles; (2) aux questions de « droit générales [qui sont] “à la fois, d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère[s] au domaine d’expertise de l’arbitre” » (*Dunsmuir*, par. 60, citant l’arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 62); (3) aux questions portant sur la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents; (4) aux « question[s] touchant véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité » (par. 58-61). En revanche, c’est généralement la norme de la décision raisonnable qui s’applique dans les cas suivants : (1) la question se rapporte à l’interprétation de la loi habilitante (ou « constitutive ») du tribunal administratif ou à « une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » (par. 54); (2) la question soulève à son tour des questions touchant les faits, le pouvoir discrétionnaire ou des considérations d’intérêt général; (3) la question soulève des questions de droit et de fait intimement liées (par. 51 et 53-54).

[27] Si j’applique ce cadre analytique au cas qui nous occupe, je suis convaincu que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable.

[28] En l’espèce, le comité interprétait sa loi constitutive. Suivant l’arrêt *Dunsmuir*, ce facteur

attract a reasonableness standard of review (*ibid.* at para. 54). And nothing in these reasons or in *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, recently decided, represents a departure from *Dunsmuir*.

[29] Any doubt whether reasonableness is the applicable standard here can be comfortably resolved by other considerations.

[30] First, the Committee was interpreting s. 99(1) of the *NEBA*, a provision of its home statute regarding awards for costs. Awards for costs are invariably fact-sensitive and generally discretionary.

[31] Second, and more specifically, in fixing the costs that must be paid by expropriating parties, the Committee has been expressly endowed by Parliament with a wide “margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions” (*Dunsmuir*, at para. 47): the only costs that must be awarded under s. 99(1) are those “determined by the Committee to have been reasonably incurred”. This statutory language reflects a legislative intention to vest in Arbitration Committees sole responsibility for determining the nature and the amount of the costs to be awarded in the disputes they are bound under the *NEBA* to resolve.

[32] Third, in discharging that responsibility, Committees must interpret s. 99(1) in order to apply it in accordance with their statutory mandate, a process that will frequently raise “questions where the legal issues cannot be easily separated from the factual issues” (*Dunsmuir*, at para. 51).

[33] These considerations all fall within categories which according to *Dunsmuir* generally attract the standard of reasonableness. Cumulatively considered, they point unmistakably to that standard.

entraîne généralement l’application de la norme de contrôle de la décision raisonnable (*ibid.* par. 54). Rien dans les présents motifs ou dans l’arrêt récent *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, ne représente une rupture avec les principes énoncés dans *Dunsmuir*.

[29] Tout doute qui pourrait subsister en l’espèce au sujet de l’applicabilité de la norme de la décision raisonnable peut aisément être résolu par d’autres considérations.

[30] Premièrement, le comité interprétait le par. 99(1) de la *LONE*, une disposition de sa loi constitutive portant sur l’adjudication des dépens. Les décisions à cet égard sont invariablement tributaires des faits et ont en règle générale un caractère discrétionnaire.

[31] Deuxièmement, considération plus particulière, le législateur a expressément laissé au comité une grande marge d’appréciation lui permettant « d’opter pour l’une ou l’autre des différentes solutions rationnelles acceptables » lorsqu’il est appelé à fixer les frais que les autorités expropriantes doivent payer (*Dunsmuir*, par. 47). Les seuls frais qui peuvent être accordés en vertu du par. 99(1) sont ceux « que le comité estime avoir été entraînés par l’exercice du recours ». Le texte de la loi traduit la volonté du législateur de confier en exclusivité aux comités d’arbitrage la responsabilité de déterminer la nature et le montant des frais à accorder dans les litiges qu’ils sont tenus de trancher aux termes de la *LONE*.

[32] Troisièmement, lorsqu’ils s’acquittent de cette responsabilité, les comités doivent interpréter le par. 99(1) de manière à l’appliquer conformément au mandat que la loi leur confie, un processus qui soulève fréquemment des questions dans lesquelles « le droit et les faits ne peuvent être aisément dissociés » (*Dunsmuir*, par. 51).

[33] Ces considérations entrent toutes dans des catégories qui, d’après l’arrêt *Dunsmuir*, donnent généralement lieu à l’application de la norme de la raisonabilité. Prises globalement, elles indiquent sans l’ombre d’un doute que c’est bien cette norme qui s’applique.

[34] Conversely, it is clear that this case does not fall within any of the categories which, under *Dunsmuir*, attract a standard of correctness. The Committee's decision involved no constitutional matter or issue of general law "of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise" (para. 60, citing *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 62), nor did it purport to draw jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals (*Dunsmuir*, at para. 61).

[35] Alliance nonetheless submits that the decision of the Arbitration Committee is subject to review for correctness on two grounds: first, because it involves a true question of jurisdiction; second, because it raises an issue of law to which deference does not apply.

[36] The jurisdictional ground is without merit. NEBA Arbitration Committees doubtless have "the authority to make the inquiry" whether "costs" under s. 99(1) refer solely to costs incurred in the proceedings before them, a determination that plainly falls within their "statutory grant of power" (*Dunsmuir*, at para. 59). I reiterate in this context the caution that courts should not "brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so" (Dickson J. in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at p. 233, cited in *Dunsmuir*, at para. 35).

[37] Characterizing the issue before the reviewing judge as a question of law is of no greater assistance to Alliance, since a tribunal's interpretation of its home statute, the issue here, normally attracts the standard of reasonableness (*Dunsmuir*, at para. 54), except where the question raised is constitutional, of central importance to the legal system, or where it demarcates the tribunal's authority from

[34] À l'inverse, il est évident que la présente affaire n'entre dans aucune des catégories qui, selon l'arrêt *Dunsmuir*, demandent l'application de la norme de la décision correcte. La décision du comité ne portait pas sur une question constitutionnelle ou sur une question de droit générale « d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre » (par. 60, citant l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, par. 62), et elle ne prétendait pas délimiter les compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents (*Dunsmuir*, par. 61).

[35] Alliance affirme néanmoins que la décision du comité d'arbitrage est assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte, et ce, pour deux raisons : premièrement, parce qu'elle porte sur une véritable question de compétence; deuxièmement, parce qu'elle soulève une question de droit qui ne commande l'application d'aucune déférence.

[36] L'argument fondé sur la compétence est sans valeur. Les comités d'arbitrage constitués sous le régime de la *LONE* ont incontestablement « la faculté [. . .] de connaître » de la question de savoir si les « frais » visés au par. 99(1) ne comprennent que les frais faits au cours de l'instance qui se déroule devant eux, décision qui relève nettement des « pouvoirs dont le législateur [les] a investi[s] » (*Dunsmuir*, par. 59). À ce propos, je rappelle la mise en garde invitant les tribunaux judiciaires à « éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard » (le juge Dickson, dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, p. 233, citée dans l'arrêt *Dunsmuir*, par. 35).

[37] Qualifier de question de droit la question soumise au juge saisi d'une demande de contrôle judiciaire n'aide pas davantage Alliance, étant donné que l'interprétation qu'un tribunal administratif fait de sa loi constitutive — la question en litige en l'espèce — entraîne en principe l'application de la norme de la décision raisonnable (*Dunsmuir*, par. 54), sauf lorsque la question

that of another specialized tribunal — which in this instance was clearly not the case.

[38] Finally, on this branch of the matter, Alliance argues that adoption of the reasonableness standard would offend the rule of law by insulating from review contradictory decisions by Arbitration Committees as to the proper interpretation of s. 99(1) of the *NEBA*. I am unable to share the respondent's concern. In *Dunsmuir*, the Court stated that questions of law that are not of central importance to the legal system “may be compatible with a reasonableness standard” (para. 55), and added that “[t]here is nothing unprincipled in the fact that some questions of law will be decided on [this] basis” (para. 56; see also *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 71).

[39] Indeed, the standard of reasonableness, even prior to *Dunsmuir*, has always been “based on the idea that there might be multiple valid interpretations of a statutory provision or answers to a legal dispute” such that “courts ought not to interfere where the tribunal's decision is rationally supported” (*Dunsmuir*, at para. 41).

[40] For the reasons explained, the governing standard in this case was reasonableness, not correctness. And I turn now to consider in this light whether the impugned decision of the Second Committee satisfies that standard.

## V

[41] As mentioned at the outset, the decisive issue on this appeal is whether the Second Committee could reasonably find that it was entitled under s. 99(1) of the *NEBA* to make the impugned awards on costs.

soulevée est constitutionnelle, revêt une importance capitale pour le système juridique ou délimite la compétence du tribunal concerné par rapport à celle d'un autre tribunal spécialisé, ce qui n'est de toute évidence pas le cas dans le présent pourvoi.

[38] Sur cet aspect de l'affaire, Alliance soutient enfin que l'adoption de la norme de la décision raisonnable irait à l'encontre du principe de la primauté du droit, en mettant à l'abri du contrôle judiciaire les décisions contradictoires des comités d'arbitrage quant à l'interprétation appropriée du par. 99(1) de la *LONE*. Je ne partage pas les craintes de l'intimée. Dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour a affirmé qu'une question de droit qui ne revêt pas une importance capitale pour le système juridique « peut justifier l'application de la norme de la raisonabilité » (par. 55), ajoutant qu'« [i]l n'y a rien d'incohérent dans le fait de trancher certaines questions de droit [en fonction de cette norme] » (par. 56; voir également l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, par. 71).

[39] D'ailleurs, même avant l'arrêt *Dunsmuir*, la norme de la décision raisonnable a toujours « [reposé] sur l'idée qu'une disposition législative peut donner lieu à plus d'une interprétation valable, et un litige, à plus d'une solution », de telle sorte que « la cour de révision doit se garder d'intervenir lorsque la décision administrative a un fondement rationnel » (*Dunsmuir*, par. 41).

[40] Pour les motifs qui ont été exposés, la norme applicable en l'espèce est celle de la décision raisonnable et non celle de la décision correcte. Je vais maintenant examiner sous cet éclairage la question de savoir si la décision contestée du second comité satisfait à cette norme.

## V

[41] Comme je l'ai mentionné au départ, la question décisive dans le présent appel est celle de savoir si le second comité pouvait raisonnablement conclure que le par. 99(1) de la *LONE* l'autorisait à rendre les décisions qu'il a prises au sujet des frais et des dépens et qui sont contestées.

[42] Section 99(1) reads:

**99. (1) [Costs]** Where the amount of compensation awarded to a person by an Arbitration Committee exceeds eighty-five per cent of the amount of compensation offered by the company, the company shall pay all legal, appraisal and other costs determined by the Committee to have been reasonably incurred by that person in asserting that person's claim for compensation.

[43] The Committee's reasoning in interpreting and applying this provision is coherent. In granting Mr. Smith the disputed costs, it first acknowledged that it had awarded Mr. Smith compensation exceeding eighty-five percent of the amount offered by Alliance, thereby triggering the application of s. 99(1). Having identified a proper source of authority, it then assessed whether Mr. Smith had "reasonably incurred" the costs "in asserting [his] claim for compensation".

[44] The Committee first found that the Court of Queen's Bench action was directly related to Mr. Smith's attempt to obtain compensation from Alliance, concluding that Mr. Smith had therefore incurred these costs reasonably. The Committee's conclusion flows logically from its findings of fact.

[45] Second, the Committee decided that the first panel's loss of a quorum resulted in the nullification of some but not all of the original proceedings. On the one hand, it reasoned that the filings and legal work that retained their relevance during the second proceedings, such as the original Notice of Arbitration and reply, were proper bases for an award of costs. On the other hand, the Committee ruled that each party must absorb the costs of actual appearances before and correspondence with the first panel. The Second Committee's logic in awarding Mr. Smith a portion of the costs he incurred during the first arbitral proceedings is consistent with the record. It is not unreasonable.

[42] Le paragraphe 99(1) dispose :

**99. (1) [Frais]** Si l'indemnité accordée par le comité d'arbitrage est supérieure à quatre-vingt-cinq pour cent de celle qu'elle offre, la compagnie paie tous les frais, notamment de procédure et d'évaluation, que le comité estime avoir été entraînés par l'exercice du recours.

[43] Le raisonnement qu'a suivi le comité pour interpréter et appliquer cette disposition est cohérent. Pour octroyer à M. Smith les frais contestés, le comité a tout d'abord reconnu qu'il avait accordé à ce dernier une indemnité supérieure à quatre-vingt-cinq pour cent de celle offerte par Alliance, ce qui entraînait l'application du par. 99(1). Après avoir fait état d'une source l'autorisant effectivement à agir ainsi, le comité s'est ensuite demandé si les frais faits par M. Smith avaient été « entraînés par l'exercice du recours ».

[44] Premièrement, le comité a estimé que l'action introduite devant la Cour du Banc de la Reine se rapportait directement aux démarches entreprises par M. Smith en vue de se faire indemniser par Alliance, et il a en conséquence conclu que les frais engagés par M. Smith à cet égard avaient été entraînés par l'exercice du recours. Cette conclusion du comité découle logiquement de ses constatations de fait.

[45] Deuxièmement, le comité a décidé que la perte de quorum du premier groupe n'avait entraîné que l'annulation partielle de la première instance. D'une part, le comité a expliqué que les actes et autres documents déposés ainsi que le travail juridique accompli jusque-là qui demeuraient pertinents à l'égard de la seconde procédure, par exemple le premier avis d'arbitrage et la première réponse, justifiaient d'accorder des frais à l'appelant. D'autre part, le comité a jugé que chacune des parties devait assumer les frais afférents aux comparutions devant le premier comité et à la correspondance échangée avec ce dernier. Le raisonnement qu'a suivi le second comité pour accorder à M. Smith une partie des frais qu'il avait engagés au cours de la première procédure arbitrale s'accorde avec le dossier, et il n'est pas déraisonnable.

[46] The reasonableness of the Second Committee's conclusion that s. 99(1) of the *NEBA* merits a broad reading accords, in my view, with the plain words of the provision, its legislative history, its evident purpose, and its statutory context. Moreover, it rests comfortably on the foundational principle of full compensation that animates both the *NEBA* and expropriation law generally.

[47] The relevant words of s. 99(1) make it plain that the Committee was thus entitled — indeed bound — to order Alliance to pay Mr. Smith “all legal, appraisal and other costs determined by the Committee to have been reasonably incurred by [Mr. Smith] in asserting [his] claim for compensation”.

[48] It is not open to dispute that Mr. Smith, as a matter of fact, incurred all of the costs he was awarded by the Committee. The Committee found those costs to have been reasonably incurred. As mentioned earlier, the Committee concluded, again reasonably, that Mr. Smith's costs before both Arbitration Committees and in the Queen's Bench all related to *a single claim for compensation in respect of a single expropriation by a single expropriating party*. On a plain reading of s. 99(1), it was therefore open to the Committee to find that Mr. Smith was entitled to recover “all [of his] legal, appraisal and other costs” in asserting that claim.

[49] The Committee's decision, moreover, is firmly rooted in the legislative evolution and history of the *NEBA*. In modern times, it is generally accepted that this is a relevant consideration in interpreting legislative intent (see R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 280, 577-78, 587-89 and 599-603). A brief overview of the *NEBA*'s statutory antecedents is not only appropriate, but particularly instructive.

[46] Le caractère raisonnable de la conclusion du second comité suivant laquelle il convient d'interpréter de façon large le par. 99(1) de la *LONE* s'accorde, selon moi, avec le libellé explicite de cette disposition, ainsi qu'avec son historique législatif, son objet manifeste et son contexte législatif. Qui plus est, cette interprétation est solidement ancrée dans le principe fondamental de l'indemnisation intégrale, lequel imprègne tant la *LONE* que le droit de l'expropriation en général.

[47] Il ressort des dispositions pertinentes du par. 99(1) que le comité avait par conséquent le droit — en fait, l'obligation — d'ordonner à Alliance de payer à M. Smith « tous les frais, notamment de procédure et d'évaluation, que le comité estim[ait] avoir été entraînés par l'exercice du recours [de M. Smith] ».

[48] Il est incontestable que M. Smith a effectivement engagé tous les frais que le comité a ordonné à la compagnie de lui payer. Le comité a conclu que ces frais avaient été entraînés par l'exercice du recours. Comme il a été mentionné précédemment, le comité a jugé, là encore de façon raisonnable, que les frais et les dépens engagés par M. Smith — tant devant les comités d'arbitrage que devant la Cour du Banc de la Reine — se rapportaient tous à *une seule et même demande d'indemnité* portant sur *une seule et même expropriation* effectuée par *une seule et même autorité expropriante*. Il ressort clairement du par. 99(1) qu'il était donc loisible au comité de conclure que M. Smith avait le droit de recouvrer « tous les frais, notamment de procédure et d'évaluation » entraînés par l'exercice de son recours.

[49] En outre, la décision du comité s'enracine fermement dans l'évolution législative et l'historique de la *LONE*. De nos jours, il est généralement admis qu'il s'agit là d'une considération pertinente pour interpréter l'intention du législateur (voir R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 280, 577-578, 587-589 et 599-603). Il est non seulement approprié, mais également particulièrement instructif, d'effectuer un bref survol des textes qui ont précédé la *LONE*.



[50] The goal of complete indemnification first appeared in the *NEBA* in 1981, when Parliament amended the statute to introduce most of what now constitutes Part V (*An Act to amend the National Energy Board Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 80). Prior to these amendments, ss. 145 to 184 and 186 of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, were imported directly into the *NEBA* (R.S.C. 1970, c. N-6, s. 75). Under those provisions, “[t]he costs of the arbitration” were in the discretion of the arbitrator and could be ordered against either party (*Railway Act*, s. 164(1); see *Re Conger Lehigh Coal Co. and City of Toronto*, [1934] O.R. 35 (H.C.J.), at pp. 43-44).

[51] The 1981 amendments to the *NEBA* were inspired by the Law Reform Commission of Canada’s review, in 1975, of expropriation in the federal context in its Working Paper 9, *Expropriation*. This was expressly acknowledged by the Minister who introduced the amendments. The proposed legislation, he told Parliament, “substantially incorporates all the major recommendations of the Law Reform Commission of Canada expressed in its 1975 working paper” (*House of Commons Debates*, vol. VII, 1st Sess., 32nd Parl., March 6, 1981, at p. 8006).

[52] One of the Commission’s recommendations was that owners not be precluded from receiving the compensation to which they were entitled by the financial burden of litigation. Ideally, said the Commission, expropriated owners should receive “full indemnity for all such costs” (p. 73). It also found that the *Railway Act* regime did not provide adequate compensation because “[b]y a quirk in the law, the word ‘costs’ in the *Railway Act*, as in many other acts, does not mean exactly what it says[; it] does not mean ‘full costs’” (p. 74).

[50] L’objectif d’indemnisation intégrale est apparu pour la première fois dans la *LONE* en 1981, lorsque le législateur fédéral a modifié celle-ci pour y insérer ce qui correspond maintenant en gros à la partie V (*Loi modifiant la Loi sur l’Office national de l’énergie*, L.C. 1980-81-82-83, ch. 80). Avant ces modifications, les art. 145 à 184 ainsi que l’art. 186 de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, ch. R-2, avaient été intégrés directement à la *LONE* (S.R.C. 1970, ch. N-6, art. 75). Suivant ces dispositions, « [l]es frais de l’arbitrage » étaient fixés de façon discrétionnaire par l’arbitre, qui pouvait condamner l’une ou l’autre partie à les payer (*Loi sur les chemins de fer*, par. 164(1); voir *Re Conger Lehigh Coal Co. and City of Toronto*, [1934] O.R. 35 (H.C.J.), p. 43-44).

[51] Les modifications apportées à la *LONE* en 1981 étaient inspirées des recommandations qu’avaient faites la Commission de réforme du droit du Canada en 1975 au sujet de la question de l’expropriation en contexte fédéral, dans son Document de travail n° 9, *L’expropriation*. Ce fait a d’ailleurs été reconnu expressément par le ministre qui a présenté les modifications. Celui-ci a effectivement déclaré devant le Parlement que les mesures législatives proposées reprenaient « la substance de toutes les recommandations principales que la Commission de réforme du droit du Canada avait formulées en 1975 dans son document de travail » (*Débats de la Chambres des communes*, vol. VII, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 6 mars 1981, p. 8006).

[52] Une des recommandations de la Commission était que les propriétaires ne soient pas empêchés, en raison du coût des procédures, de recevoir l’indemnité à laquelle ils avaient droit. Idéalement, d’affirmer la Commission, les propriétaires expropriés devraient « recevoir une indemnisation totale pour tous les frais de ce genre » (p. 82). La Commission concluait également que le régime prévu par la *Loi sur les chemins de fer* ne prévoyait pas une indemnisation suffisante, parce que « [p]ar un subterfuge de la loi, le mot “frais” dans la *Loi sur les chemins de fer*, comme dans plusieurs autres lois, n’est pas pris dans son acception exacte[; il] ne signifie pas “tous les frais” » (p. 83).

[53] Today, the principle of full indemnification appears explicitly in s. 75 of the *NEBA*, which provides, as I noted earlier, that a company “shall make full compensation . . . for all damage sustained” by the expropriated owner. Parliament adopted this more comprehensive approach to indemnification by broadening the language of s. 99(1) from “costs of the arbitration” to “all legal, appraisal and other costs determined by the Committee to have been reasonably incurred by that person in asserting that person’s claim for compensation”.

[54] This amendment must be presumed to signify a clear and considered decision by Parliament to allow Arbitration Committees to exercise their full discretion in seeking to make expropriated owners whole (Sullivan, at pp. 579-82), and the historical context validates this presumption.

[55] Moreover, the *NEBA* operates within the broader context of expropriation law, both federal and provincial. As early as 1949, this Court acknowledged the vulnerable position of expropriated owners. In *Diggon-Hibben, Ltd. v. The King*, [1949] S.C.R. 712, at p. 715, Rand J. (Taschereau J. concurring) stated that no one should be “victimized in loss because of the accident that his land [is] required for public purposes”. In the same case, Estey J., citing with approval the earlier reasons of Rand J. in *Irving Oil Co. v. The King*, [1946] S.C.R. 551, affirmed the right of an expropriated person under the relevant clause “to be made economically whole” (p. 717; see K. J. Boyd, *Expropriation in Canada: A Practitioner’s Guide* (1988), at pp. 144-45).

[56] More recently, in *Toronto Area Transit Operating Authority v. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 S.C.R. 32, at paras. 20-22, Cory J. (speaking for six of the seven-member panel) reaffirmed the principle of full compensation. Dealing there with Ontario’s *Expropriations Act*, R.S.O. 1990, c. E.26, Justice Cory held that the Act, a remedial statute,

[53] De nos jours, le principe de l’indemnisation intégrale est expressément consacré à l’art. 75 de la *LONE*, lequel précise, comme il a été mentionné plus tôt, que la compagnie doit « indemniser pleinement [les expropriés] des dommages qu’ils ont subis ». Le législateur fédéral a retenu cette conception plus exhaustive de l’indemnisation en élargissant la portée du par. 99(1), qui ne parle plus seulement des « frais de l’arbitrage » mais de « tous les frais, notamment de procédure et d’évaluation, que le comité estime avoir été entraînés par l’exercice du recours ».

[54] Il faut présumer que cette modification correspond à une décision claire et mûrement réfléchie du législateur autorisant les comités d’arbitrage à exercer pleinement leur pouvoir discrétionnaire en vue de tenter d’indemniser les propriétaires expropriés (Sullivan, p. 579-582). Le contexte historique confirme d’ailleurs cette hypothèse.

[55] De plus, l’application de la *LONE* s’inscrit dans le contexte plus vaste du droit de l’expropriation, tant fédéral que provincial. Dès 1949, notre Cour a reconnu la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouvent les propriétaires expropriés. Dans l’arrêt *Diggon-Hibben, Ltd. c. The King*, [1949] R.C.S. 712, p. 715, le juge Rand a déclaré (avec l’appui du juge Taschereau) que nul ne devrait être [TRADUCTION] « pénalisé parce que sa propriété [. . .] est expropriée pour cause d’utilité publique ». Dans le même arrêt, le juge Estey a cité, en y souscrivant, les motifs qu’avaient prononcés antérieurement le juge Rand dans l’arrêt *Irving Oil Co. c. The King*, [1946] R.C.S. 551, et confirmé le droit de l’exproprié [TRADUCTION] « à une réparation intégrale du préjudice financier » en vertu de la clause pertinente (p. 717; voir K. J. Boyd, *Expropriation in Canada : A Practitioner’s Guide* (1988), p. 144-145).

[56] Plus récemment, dans l’arrêt *Régie des transports en commun de la région de Toronto c. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 R.C.S. 32, par. 20-22, le juge Cory (qui s’exprimait au nom de six des sept juges qui constituaient la formation de jugement) a réaffirmé le principe de l’indemnisation intégrale. Appelé à statuer sur la loi ontarienne intitulée *Loi*

“should be read in a broad and purposive manner in order to comply with the aim of the Act to fully compensate a land owner whose property has been taken” (para. 23).

[57] Like various provincial expropriation statutes, the *NEBA* is remedial and warrants an equally broad and liberal interpretation. To interpret it narrowly, as the respondent in this case suggests, would in practice transform its purpose of full compensation into an unkept legislative promise.

[58] By interpreting s. 99(1) as it did, the Second Committee can hardly be said to have exercised its statutory mandate unreasonably.

## VI

[59] The respondent challenges the reasonableness of the Committee’s decision on four grounds. All four fail.

[60] First, relying on *Ian MacDonald Library Services Ltd. v. P.Z. Resort Systems Inc.* (1987), 14 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.), the respondent argues that Mr. Smith is not entitled to costs before the First Committee because at common law a nullified arbitration proceeding cannot form the basis of an award for costs. This submission rests on the mistaken assumption that the principles governing costs on a consensual arbitration likewise apply under the *NEBA*. They do not. Parliament has provided for a comprehensive compensatory scheme. The remedial principles of expropriation law — not the arm’s length framework of commercial arbitration — govern the operation of the statute. Accordingly, an expropriating company can reasonably be made to bear the costs of procedural delays even where it is not at fault (see, e.g., *Christian & Missionary Alliance v. Municipality of Metropolitan Toronto* (1973), 3 O.R. (2d) 655 (S.C., Taxing Office), at p. 657).

*sur l’expropriation*, L.R.O. 1990, ch. E.26, le juge Cory a conclu que la loi en question, une loi réparatrice, « devrait recevoir une interprétation large et compatible avec son objet, qui consiste à indemniser pleinement le propriétaire foncier dont le bien a été exproprié » (par. 23).

[57] À l’exemple de diverses lois provinciales sur l’expropriation, la *LONE* est une loi réparatrice qui commande une interprétation tout aussi large et libérale. L’interpréter de façon étroite comme le suggère l’intimée en l’espèce aurait en pratique pour effet de faire de son objet — l’indemnisation intégrale — une promesse législative non tenue.

[58] Il est difficile de prétendre que le second comité a exercé de façon déraisonnable le mandat que lui confie la loi en interprétant le par. 99(1) comme il l’a fait.

## VI

[59] L’intimée conteste le caractère raisonnable de la décision du comité en invoquant quatre moyens. Aucun de ces moyens ne peut être retenu.

[60] Premièrement, se fondant sur l’arrêt *Ian MacDonald Library Services Ltd. c. P.Z. Resort Systems Inc.* (1987), 14 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.), l’intimée affirme que M. Smith n’a pas droit aux frais afférents à l’instance tenue devant le premier comité, parce qu’en common law une procédure d’arbitrage annulée ne saurait justifier l’adjudication de frais. Cet argument repose sur l’hypothèse erronée suivant laquelle les principes régissant les frais en cas d’arbitrages consensuels s’appliquent également aux arbitrages fondés sur la *LONE*, ce qui n’est pas le cas. Le législateur a établi un mécanisme d’indemnisation complet. L’application de la loi est régie par les principes réparateurs du droit de l’expropriation et non par le régime indépendant de l’arbitrage commercial. En conséquence, il est raisonnable de faire supporter par la compagnie qui procède à l’expropriation les frais imputables aux délais procéduraux, même lorsqu’elle n’en est pas responsable (voir, p. ex., l’affaire *Christian & Missionary Alliance c. Municipality of Metropolitan Toronto* (1973), 3 O.R. (2d) 655 (C.S., officier taxateur), p. 657).

[61] Second, Alliance submits that its Queen's Bench action was unrelated to Mr. Smith's *assertion* of his "claim for compensation" under the *NEBA* because he was the *defendant* before the Court of Queen's Bench. It was not unreasonable for the Committee to ignore this exercise in semantics, focusing instead on both the substance of the respondent's Queen's Bench action and the purpose of s. 99(1) of the Act.

[62] Third, the respondent submits that the Committee's decision is unreasonable because it amounts to "legislative gap filling". In my view, this submission fails as well. The *NEBA* is not underinclusive on the issue of costs. Section 99(1) is broadly framed because provisions of this sort cannot enumerate exhaustively every cost they are meant to cover. It is therefore sufficient that the costs be found by the Committee, on a justifiable, transparent and intelligible basis (*Dunsmuir*, at para. 47), to have been reasonably incurred in asserting the claims for compensation that it was required to adjudicate. In discharging that duty here, the Second Committee did not "cross the line between judicial interpretation and legislative drafting" (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 51).

[63] Finally, Alliance argues that the Committee should have found that the matter of costs on the action was *res judicata* on a theory of issue estoppel. The company submits that because the Court of Queen's Bench had the power and discretion to award "all or part of the [appellant's] costs . . . on a solicitor and client basis" pursuant to r. 601(2)(d)(ii) of the *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, but chose not to do so — in part because Mr. Smith did not ask for them — an arbitral committee does not have the authority to revisit the issue.

[61] Deuxièmement, Alliance soutient que l'action qu'elle a intentée devant la Cour du Banc de la Reine n'avait aucun lien avec l'*introduction* par M. Smith, en vertu de la *LONE*, de son « recours » (« *claim for compensation* »), étant donné qu'il était *défendeur* à l'action devant la Cour du Banc de la Reine. Le comité n'a pas agi de façon déraisonnable en écartant cet argument sémantique et en s'attachant plutôt à la nature fondamentale de l'action intentée par l'intimée devant la Cour du Banc de la Reine, ainsi qu'à l'objet du par. 99(1) de la *LONE*.

[62] Troisièmement, l'intimée prétend que la décision du comité était déraisonnable, parce qu'elle revenait à [TRADUCTION] « combler les lacunes de la loi ». À mon avis, cet argument est également mal fondé. En effet, la *LONE* n'a pas une portée trop limitée en ce qui concerne la question des frais. Le paragraphe 99(1) est libellé de façon large, puisque les dispositions de ce genre ne peuvent énumérer de façon exhaustive tout un chacun des frais censés être visés. Il suffit donc que le comité juge, pour des motifs justifiables, transparents et intelligibles (*Dunsmuir*, par. 47), que les frais ont effectivement été entraînés par l'exercice du recours en indemnisation qu'il est appelé à trancher. En s'acquittant en l'espèce de ce devoir, le second comité n'a pas « franchi la ligne qui sépare l'interprétation judiciaire de la formulation législative » (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 51).

[63] Enfin, Alliance plaide que le comité aurait dû conclure que la question des dépens de l'action était chose jugée par application du principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Étant donné que la Cour du Banc de la Reine disposait du pouvoir et de la latitude nécessaires pour [TRADUCTION] « adjuger la totalité ou une partie des dépens [de l'appelant] [. . .] sur la base procureur-client » en vertu du sous-al. 601(2)d(ii) des *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, mais qu'elle a choisi de ne pas le faire — en partie parce que M. Smith ne le lui avait pas demandé —, Alliance affirme qu'un comité d'arbitrage n'a pas le pouvoir de réexaminer la question.

[64] The test for issue estoppel was set out this way in *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, at paras. 25 and 33:

The preconditions to the operation of issue estoppel [are]:

- (1) that the same question has been decided;
- (2) that the judicial decision which is said to create the estoppel was final; and,
- (3) that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies.

. . . .

. . . If successful, the court must still determine whether, as a matter of discretion, issue estoppel *ought* to be applied . . . [References omitted; emphasis in original.]

[65] In essence, the Committee concluded that Alliance's argument founders at the first step. The claim before Justice Nation was for litigation costs. The claim before the Second Committee was for costs in the broader sense contemplated by s. 99(1) of its governing statute.

[66] The Second Committee had to assess the reasonableness of costs — legal, appraisal, or other — incurred by Mr. Smith in asserting his claim for compensation. As we have seen, in enacting s. 99(1) of the *NEBA*, Parliament, like provincial legislatures, has expanded the traditional, limited notion of legal costs to encompass “appraisal and other” costs. It is well established that “[a]n owner whose land has been taken involuntarily is entitled to indemnification for the necessary expenses of pursuing his or her statutory rights to compensation”, the only limitation being that “these expenses be reasonable” (*Campbell River Woodworkers' & Builders' Supply (1966) Ltd. v. British Columbia*

[64] Le critère régissant la préclusion découlant d'une question déjà tranchée a été formulé comme suit dans l'arrêt *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, par. 25 et 33 :

Les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée [sont les suivantes] :

- (1) que la même question ait été décidée;
- (2) que la décision judiciaire invoquée comme créant la [préclusion] soit finale; et
- (3) que les parties dans la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où la [préclusion] est soulevée, ou leurs ayants droit.

. . . .

. . . Dans l'affirmative, la cour doit ensuite se demander, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, si cette forme de préclusion *devrait* être appliquée . . . [Références omises; en italique dans l'original.]

[65] Essentiellement, le comité a conclu que l'argument d'Alliance fondé sur la préclusion échouait dès la première étape. En effet, la demande dont la juge Nation était saisie visait à obtenir les dépens de l'action, alors que celle soumise au second comité visait à obtenir des frais au sens plus large envisagé par le par. 99(1) de la loi habilitante du comité.

[66] Le second comité devait se prononcer sur le caractère raisonnable des frais, notamment de procédure et d'évaluation, engagés par M. Smith pour exercer son recours. Comme nous l'avons vu, en édictant le par. 99(1) de la *LONE*, le législateur fédéral, à l'instar des assemblées législatives provinciales, a élargi la notion traditionnelle restreinte de frais de justice en précisant que sont visés tous les frais, « notamment de procédure et d'évaluation ». Il est de jurisprudence constante que [TRADUCTION] « [l]e propriétaire foncier qui est privé contre son gré de sa propriété a le droit d'être indemnisé des dépenses nécessaires pour exercer le droit à compensation que la loi lui reconnaît », à

(*Minister of Transportation & Highways*), 2004 BCCA 27, 22 B.C.L.R. (4th) 210, at para. 11).

[67] In *Thoreson v. Alberta (Minister of Infrastructure)*, 2007 ABCA 272, 79 Alta. L.R. (4th) 75, the Alberta Court of Appeal summarized in these terms the special nature of costs in the expropriation law context:

Thus, a trial judge determining reasonable costs under section 39 [of the *Expropriation Act*, R.S.A. 2000, c. E-13] is not dealing simply with the usual order of civil costs that flow from litigation, nor does the judge have the same discretion with respect to those costs. A statutory right to legal, appraisal and other costs is something quite different from a determination of discretionary litigation costs by a trial judge, and while the judge must address the issue of reasonableness and special circumstances, these issues are addressed within the context of a recognition that the costs are part of the expropriation award. [Emphasis added; para. 23.]

[68] Courts and expropriation tribunals in Nova Scotia and Ontario have adopted the same approach. In *Town of Mahone Bay v. Lohnes* (1983), 59 N.S.R. (2d) 68 (S.C.(T.D.)), in rejecting the Town's claim of title to property it otherwise intended to expropriate, Glube C.J.T.D. underlined the distinction between litigation costs in the civil proceedings before her and costs before the expropriation tribunal. Her order for judgment read in part:

The plaintiff's action is dismissed with costs to the defendants, Philip L. K. Lohnes' Market Limited, to be taxed on a party and party basis, provided, however, that this award of party and party costs shall in no way preclude the defendants, Philip L. K. Lohnes and Lohnes' Market Limited, from seeking compensation before the Expropriation Compensation Board, pursuant to the *Expropriation Act*, 1973, for costs over

cette seule réserve près que « ces dépenses doivent être raisonnables » (*Campbell River Woodworkers' & Builders' Supply (1966) Ltd. c. British Columbia (Minister of Transportation & Highways)*, 2004 BCCA 27, 22 B.C.L.R. (4th) 210, par. 11).

[67] Dans l'arrêt *Thoreson c. Alberta (Minister of Infrastructure)*, 2007 ABCA 272, 79 Alta. L.R. (4th) 75, la Cour d'appel de l'Alberta a résumé comme suit le caractère spécial des frais et des dépens dans le contexte du droit de l'expropriation :

[TRADUCTION] En conséquence, le juge de première instance qui décide, en vertu de l'article 39 [de l'*Expropriation Act*, R.S.A. 2000, ch. E-13], si des frais sont raisonnables (« *reasonable* ») ne prépare pas simplement l'ordonnance habituelle concernant les dépens au terme d'une action civile, et il ne dispose pas du même pouvoir discrétionnaire à l'égard des frais en question. Il existe une grande différence entre, d'une part, le droit aux frais, notamment de procédure et d'évaluation, que reconnaît la loi, et, d'autre part, les dépens accordés sur une base discrétionnaire par le juge du procès en matière civile, et bien que le juge doive s'interroger sur le caractère raisonnable des frais et l'existence de circonstances spéciales, il le fait en partant du principe que les frais font partie du montant de l'indemnité accordée au titre de l'expropriation. [Je souligne; par. 23.]

[68] Les cours de justice ainsi que les tribunaux administratifs compétents en matière d'expropriation en Nouvelle-Écosse et en Ontario ont souscrit à cette approche. Dans l'affaire *Town of Mahone Bay c. Lohnes* (1983), 59 N.R.S. (2d) 68 (C.S. (1<sup>re</sup> inst.)), pour justifier son refus de reconnaître le droit de propriété que la ville revendiquait sur un terrain qu'elle avait par ailleurs l'intention d'exproprier, la juge en chef Glube a souligné dans les termes suivants la distinction entre les dépens de l'instance civile dont elle était saisie et les frais de la procédure devant le tribunal d'expropriation. Voici en partie le texte de son jugement :

[TRADUCTION] L'action de la demanderesse est rejetée et les dépens sont adjugés aux défendeurs, Philip L. K. Lohnes' Market Limited. Les dépens seront taxés sur la base des dépens entre parties, sous réserve toutefois que la présente adjudication de dépens entre parties n'empêche d'aucune façon les défendeurs, Philip L. K. Lohnes et Lohnes' Market Limited, de réclamer une indemnité devant l'Expropriation Compensation Board,

and above the party and party costs awarded herein; and further provided that the defendants, Philip L. K. Lohnes and Lohnes' Market Limited, shall have all reasonable disbursements paid with respect to these proceedings. [Cited in *Town of Mahone Bay v. Lohnes* (1983), 59 N.S.R. (2d) 65 (S.C.(A.D.)), at para. 12; emphasis added.]

An appeal of this decision was dismissed with costs.

[69] When it later heard Mr. Lohnes' claim, the Nova Scotia Expropriations Compensation Board adopted the Chief Justice's reasoning, concluding that the costs incurred to determine title "were necessary for the determination of compensation payable as envisaged by the *Expropriation Act, 1973*" (*Lohnes v. Town of Mahone Bay* (1983), 28 L.C.R. 338 (N.S.E.C.B.), at p. 343).

[70] Similarly, in *McKean v. Ontario (Ministry of Transportation)* (2008), 94 L.C.R. 185 (O.M.B.), the Municipal Board awarded the McKeanes the costs they had incurred on a preliminary court action regarding title to land expropriated by the Ministry of Transportation of Ontario. The Board rejected the Ministry's claim of issue estoppel and explained:

No violence has been done to the principle of finality of litigation by virtue of these proceedings. The MTO has not been twice vexed for the same cause. This is because no Court has previously determined what costs were actually incurred by the owner of lands for the purposes of determining the compensation payable as remediation for land expropriation, as required by s. 32(1) of the *Expropriations Act*. [Emphasis added; p. 190.]

[71] Although in that case the Superior Court had not awarded costs to the McKeanes, the reasoning remains persuasive. The questions that a superior court answers regarding matters incidental but necessary to expropriation proceedings differ from

en vertu de l'*Expropriation Act, 1973*, pour les frais excédant les dépens entre parties adjugés par les présentes, et sous réserve également du fait que les défendeurs, Philip L. K. Lohnes et Lohnes' Market Limited, ont droit au paiement de tous les débours raisonnables qu'ils ont faits à l'occasion de l'instance devant le tribunal en question. [Cité dans *Town of Mahone Bay c. Lohnes* (1983), 59 N.S.R. (2d) 65 (S.C.(D.A.)), par. 12; je souligne.]

L'appel de cette décision a été rejeté avec dépens.

[69] Lorsqu'il a examiné par la suite la demande de M. Lohnes, le Nova Scotia Expropriations Compensation Board a fait sien le raisonnement de la juge en chef et conclu que les frais engagés pour faire reconnaître le droit de propriété [TRADUCTION] « étaient nécessaires pour fixer l'indemnité à payer en vertu de l'*Expropriation Act, 1973* » (*Lohnes c. Town of Mahone Bay* (1983), 28 L.C.R. 338 (N.S.E.C.B.), p. 343).

[70] De même, dans l'affaire *McKean c. Ontario (Ministry of Transportation)* (2008), 94 L.C.R. 185 (C.A.M.O.), la Commission des affaires municipales a accordé aux McKean les frais qu'ils avaient engagés dans une instance judiciaire préliminaire portant sur le titre de propriété d'un terrain que le ministère des Transports de l'Ontario avait exproprié. La Commission a rejeté l'argument du ministère fondé sur la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et a donné les explications suivantes :

[TRADUCTION] La présente instance ne constitue pas une entorse au principe de l'autorité de la chose jugée. Le ministère des Transports de l'Ontario n'est pas trassé une seconde fois pour la même cause d'action. Cette conclusion repose sur le fait qu'aucun tribunal ne s'est encore prononcé sur les frais qui ont été effectivement engagés par le propriétaire foncier en vue de faire fixer l'indemnité qui lui est due pour l'expropriation dont il a fait l'objet, comme l'exige le par. 32(1) de la *Loi sur l'expropriation*. [Je souligne; p. 190.]

[71] Bien que, dans cette affaire, la Cour supérieure n'ait pas adjugé les dépens aux McKean, le raisonnement qu'elle a suivi n'en demeure pas moins convaincant. Les questions auxquelles une cour supérieure répond en ce qui concerne des

those that a board or committee resolves pursuant to the expropriation statutes by which it is governed (see E. C. E. Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada* (2nd ed. 1992), at pp. 505-6). Consequently, the doctrine of *res judicata* does not apply, and there is, *a fortiori*, no merit to the respondent's claim that Mr. Smith committed an abuse of process by asking for his costs on the action.

## VII

[72] For all of these reasons, I would allow the appeal, restore the Second Committee's decision and, in virtue of s. 47 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, award the appellant his costs throughout, on a solicitor-client basis.

[73] This award is justified for four reasons.

[74] First, in the context of modern expropriation law, where statutes authorize awards of “all legal, appraisal and other costs”, Canadian jurisprudence and doctrine demonstrate that “costs on a solicitor-and-client basis should generally be given” (*Bayview Builder's Supply (1972) Ltd. v. British Columbia (Minister of Transportation & Highways)*, 1999 BCCA 320, 67 B.C.L.R. (3d) 312, at para. 3, citing Todd, at p. 526; see also *Holdom v. British Columbia Transit*, 2006 BCCA 488, 58 B.C.L.R. (4th) 207, at para. 11, and *Hill v. Nova Scotia (Attorney General) (No. 2)* (1997), 155 D.L.R. (4th) 767 (S.C.C.)).

[75] Second, awarding costs on a solicitor-client basis accords well with the object and purpose of the *NEBA*, as reflected in s. 75.

[76] Third, this is a case in which “justice can only be done by a complete indemnification for costs” (*Foulis v. Robinson* (1978), 92 D.L.R. (3d)

aspects qui sont accessoires mais par ailleurs nécessaires pour statuer sur l'instance en expropriation différent de celles qu'un tribunal d'expropriation — commission, comité ou autre office — tranche en vertu de la loi sur l'expropriation le régissant (voir E. C. E. Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1992), p. 505-506). En conséquence, le principe de l'autorité de la chose jugée ne s'applique pas, de sorte que, *a fortiori*, l'argument de l'intimée suivant lequel M. Smith a commis un abus de procédure en réclamant les dépens de l'action est mal fondé.

## VII

[72] Pour tous ces motifs, je suis d'avis de faire droit à l'appel, de rétablir la décision du second comité et, en vertu de l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, d'accorder à l'appelant ses dépens sur la base procureur-client devant toutes les juridictions.

[73] La présente décision se justifie pour quatre raisons.

[74] En premier lieu, dans le contexte du droit de l'expropriation actuel, où la loi permet d'accorder « tous les frais, notamment de procédure et d'évaluation », il ressort de la jurisprudence et de la doctrine canadiennes qu'[TRADUCTION] « il convient en règle générale d'adjuger les dépens sur la base procureur-client » (*Bayview Builder's Supply (1972) Ltd. c. British Columbia (Minister of Transportation & Highways)*, 1999 BCCA 320, 67 B.C.L.R. (3d) 312, par. 3, citant Todd, p. 526; voir également *Holdom c. British Columbia Transit*, 2006 BCCA 488, 58 B.C.L.R. (4th) 207, par. 11, et *Hill c. Nova Scotia (Attorney General) (No. 2)* (1997), 155 D.L.R. (4th) 767 (C.S.C.)).

[75] En deuxième lieu, l'adjudication des dépens sur la base procureur-client s'accorde bien avec l'objet de la *LONE* figurant à l'art. 75.

[76] En troisième lieu, il s'agit d'une affaire dans laquelle [TRADUCTION] « justice ne peut être rendue qu'au moyen d'une indemnisation complète



134 (Ont. C.A.), at p. 142). Only this type of award can indemnify Mr. Smith as best one can for the inordinate amount of money — to say nothing of time — he has had to invest in what should have been an expeditious process.

[77] Lastly, Mr. Smith should not be made to bear the costs of what is clearly a test case for the respondent. Mr. Justice Gill's appointment to the bench ended 19 other arbitration proceedings against Alliance before the First Committee. Mr. Smith, on the other hand, has sought nothing more than to resolve a decade-old disagreement over reclamation work worth a few thousand dollars.

The following are the reasons delivered by

[78] DESCHAMPS J. — Deference towards administrative bodies raises important issues, both of a political and legal theoretical nature. This Court has not dealt with this topic lightly, sometimes struggling to find a balance between deferring to the expertise or experience of many of these administrative bodies and reviewing the limits to their decision-making authority under the rule of law. A consistent holding of this Court has been, and continues to be, that legislative intent should, within the confines of constitutional principles, ultimately prevail. In the case at bar, the issue of deference is shaped narrowly: Should an administrative decision-maker's interpretation of its "home" statute usually result in a court deferring to that interpretation — through the adoption of a standard of review of reasonableness — based on a presumption that the decision-maker has particular familiarity with its home statute?

[79] I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Justice Fish. I agree with his conclusion that the proper standard of review in this case is reasonableness. I also agree that the decision

des frais » (*Foulis c. Robinson* (1978), 92 D.L.R. (3d) 134 (C.A. Ont.), p. 142). Seule une décision de ce genre est susceptible d'indemniser M. Smith, aussi intégralement que faire se peut, des sommes considérables — sans parler du temps — que ce dernier a dû consacrer à ce qui aurait dû être une procédure expéditive.

[77] Enfin, il ne convient pas d'obliger M. Smith à supporter les frais d'une affaire qui constitue manifestement une cause-type pour l'intimée. L'accession du juge Gill à la magistrature a mis fin à 19 autres demandes d'arbitrage mettant en cause Alliance dont le premier comité était saisi. En revanche, M. Smith ne cherchait rien de plus qu'à régler un différend qui remontait à une dizaine d'années et ne portait que sur des travaux de bonification d'une valeur de quelques milliers de dollars.

Version française des motifs rendus par

[78] LA JUGE DESCHAMPS — La déférence dont il convient de faire montre envers les tribunaux administratifs soulève des questions théoriques importantes, tant sur le plan politique que juridique. La Cour a toujours pris ce sujet au sérieux, cherchant à trouver le juste équilibre entre, d'une part, la nécessité de s'en remettre à l'expertise ou à l'expérience de bon nombre de ces organismes et, d'autre part, celle de contrôler les limites de leurs pouvoirs décisionnels au regard de la primauté du droit. La Cour a constamment jugé que, dans la mesure où elle respecte les limites des principes constitutionnels, c'est l'intention du législateur qui doit prévaloir en dernière analyse. Dans le cas qui nous occupe, la question de la déférence est étroitement circonscrite : l'interprétation que donne un décideur administratif de sa loi « constitutive » commande-t-elle généralement une attitude déférente de la part des tribunaux judiciaires — par l'adoption de la norme de contrôle de la décision raisonnable — en présumant que le décideur possède une connaissance approfondie de cette loi?

[79] J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Fish. Je souscris à sa conclusion que la norme de contrôle appropriée en l'espèce est celle de la décision raisonnable. Je conviens également

of the second Pipeline Arbitration Committee (“Second Committee”) in making the costs award to Mr. Smith pursuant to s. 99(1) of the *National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7 (“NEBA”), satisfied that standard, for the reasons he indicates. I part company with my colleague only with respect to his rationale for finding that the standard of reasonableness applies to the Second Committee’s decision, particularly as expressed in paras. 28 and 37 of his reasons.

[80] Respectfully, I do not accept the proposition advanced by Fish J. under the auspices of applying para. 54 of *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, namely that an administrative decision-maker’s interpretation of its home statute, absent indicia of its particular familiarity with the statute, attracts deference unless the question raised is constitutional, of central importance to the legal system or concerned with demarcating one tribunal’s authority from another. On the contrary, principles of administrative law expressed in jurisprudence and commentary support the position that according deference to an administrative decision-maker’s interpretation of its home statute is anchored in the need to respect legislative intent to leave these interpretative issues to certain decision-makers when there is good reason to do so. Most of the time, the reason is that the decision-maker possesses expertise or experience that puts it in a better position to interpret its home statute relative to a court. There is no presumption of expertise or experience flowing from the mere fact that an administrative decision-maker is interpreting its enabling statute. It follows that when a decision-maker does not have particular familiarity with its home statute, and no other precedent-based category of question attracting a standard of reasonableness applies, then a standard of review analysis should be undertaken in order to make a contextually sensitive decision on the proper standard (*Dunsmuir*, at paras. 62-64).

avec lui, pour les motifs qu’il expose, que la décision du second comité d’arbitrage sur les pipelines (« second comité ») accordant à M. Smith les frais visés au par. 99(1) de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*, L.R.C. 1985, ch. N-7 (« LONE »), satisfaisait à cette norme. Je ne diverge d’opinion avec mon collègue que sur les raisons qui l’amènent à conclure que la décision du second comité est assujettie à la norme de la décision raisonnable, tout particulièrement celles qu’il formule aux par. 28 et 37 de ses motifs.

[80] Avec égards pour l’opinion exprimée par le juge Fish, je ne peux me rallier à la thèse qu’il avance, disant se fonder sur le par. 54 de l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, à savoir que l’interprétation par un décideur administratif de sa loi constitutive — en l’absence d’indices démontrant que ce dernier possède une connaissance approfondie de cette loi — commande la déférence sauf si la question soulevée est d’ordre constitutionnel, si elle revêt une importance capitale pour le système juridique ou si elle vise à délimiter les compétences respectives de tribunaux administratifs. Au contraire, les principes de droit administratif énoncés dans la jurisprudence et la doctrine appuient l’argument selon lequel la déférence accordée à l’interprétation par un tribunal administratif de sa loi constitutive repose sur la nécessité de respecter l’intention du législateur de laisser certains décideurs administratifs trancher ces questions d’interprétation lorsqu’il existe une bonne raison de le faire. La plupart du temps, c’est parce que le décideur possède une expertise ou une expérience qui le place dans une meilleure position que les tribunaux judiciaires pour interpréter sa loi constitutive. Aucune présomption au sujet de l’expertise ou de l’expérience ne découle du simple fait qu’un décideur administratif interprète sa loi habilitante. Il s’ensuit que, dans les cas où ce décideur n’a pas une connaissance approfondie de sa loi constitutive et où il ne se soulève aucune autre question relevant d’une catégorie commandant, selon la jurisprudence, l’application de la norme de la décision raisonnable, il convient de procéder à une analyse relative à la norme applicable qui tient compte du contexte (*Dunsmuir*, par. 62-64).

## I. Back to *Dunsmuir*

[81] *Dunsmuir* represents this Court's most recent effort to simplify the test for ascertaining the standard of review applicable to administrative decision-making. The test set forth by the majority in that case has two steps:

First, courts ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts must proceed to an analysis of the factors making it possible to identify the proper standard of review. [para. 62]

[82] As noted in *Dunsmuir*, “[a]n exhaustive review is not required in every case to determine the proper standard of review” (para. 57). Accordingly, various categories of question were articulated based on pre-existing jurisprudence in order to assist in resolving the standard of review at the first step, obviating the need to move to the second step and consider the contextual factors, which are: (1) the presence or absence of a privative clause; (2) the purpose of the tribunal as determined by interpretation of its enabling legislation; (3) the nature of the question at issue; and (4) the expertise of the tribunal (*Dunsmuir*, at para. 64).

[83] It is important that the Court's elaboration of categories of question should not be turned into a blind and formalistic application of words rather than principles. The parties to any adjudication must be able to understand why deference is given to the decision of the administrative body considering their case.

[84] The first-level category of question at issue here relates to an administrative decision-maker's interpretation of its home statute. For ease of reference, I set out the relevant language from para. 54 of *Dunsmuir* more fully:

Guidance with regard to the questions that will be reviewed on a reasonableness standard can be found

## I. Retour sur l'arrêt *Dunsmuir*

[81] L'arrêt *Dunsmuir* représente la plus récente tentative de simplification par notre Cour de l'analyse permettant d'arrêter la norme de contrôle applicable aux décisions des tribunaux administratifs. L'analyse énoncée par les juges majoritaires dans cette décision comporte deux étapes :

Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l'analyse des éléments qui permettent d'arrêter la bonne norme de contrôle. [par. 62]

[82] Ainsi que l'a fait remarquer la Cour dans l'arrêt *Dunsmuir*, « [i]l n'est pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse exhaustive pour arrêter la bonne norme de contrôle » (par. 57). En conséquence, diverses catégories de questions ont été dégagées de la jurisprudence pour permettre de déterminer la bonne norme de contrôle dès la première étape, et ainsi obvier à la nécessité de procéder à la seconde étape et d'examiner les facteurs contextuels requis, à savoir : (1) l'existence ou l'inexistence d'une clause privative, (2) la raison d'être du tribunal administratif suivant l'interprétation de sa loi habilitante, (3) la nature de la question en cause et (4) l'expertise du tribunal administratif (*Dunsmuir*, par. 64).

[83] Il est important que l'élaboration de catégories de questions par la Cour ne se traduise pas par une application aveugle et formaliste de mots, mais donne lieu plutôt à l'application de principes. Les parties à tout litige doivent être en mesure de comprendre les raisons pour lesquelles la déférence s'impose à l'égard de la décision de l'organisme administratif qui a examiné leur cas.

[84] La question qui se soulève à la première étape en l'espèce concerne l'interprétation par un décideur administratif de sa loi constitutive. Par souci de commodité, je reproduis en entier le passage pertinent du par. 54 de l'arrêt *Dunsmuir* :

La jurisprudence actuelle peut être mise à contribution pour déterminer quelles questions emportent

in the existing case law. Deference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity: *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at para. 48; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 39.

[85] Textually, this language is capable of differing interpretations. On the one hand, the language could be read broadly to capture any instance when the administrative decision-maker is interpreting its home statute; however, this interpretation does not sit well with any of the previous grounds that this Court has advanced for according deference.

[86] On the other hand, the language could be read to capture those instances where the decision-maker actually has particular familiarity with the statute itself. I accept this latter interpretation. It constitutes one iteration of this Court's long-standing recognition of situations where administrative boards are owed deference because of their specific expertise or experience. It rests on a principled basis for deference instead of formalistic dicta unsupported by any good reason (for an additional argument based on textual interpretation of para. 54 of *Dunsmuir*, see R. W. Macaulay and J. L. H. Sprague, *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals* (loose-leaf), vol. 3, at p. 28-40.48).

[87] Indeed, the two examples cited by the *Dunsmuir* majority following its reference to the home statute category at para. 54 clearly indicate that the administrative decision-maker actually needs to have particular expertise or experience in interpreting its home statute or statutes closely connected to its function. Importantly, both cases referred to, *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)* and *Toronto*

l'application de la norme de la raisonnable. Lorsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise : *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, par. 48; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 39.

[85] Analysé textuellement, ce passage est susceptible d'interprétations différentes. D'une part, on pourrait l'interpréter de façon large et considérer qu'il vise toute situation dans laquelle le décideur administratif interprète sa loi constitutive. Toutefois, une telle interprétation ne cadre pas très bien avec les raisons qui, suivant la jurisprudence antérieure de notre Cour, justifient de faire montre de déférence envers les décisions des tribunaux administratifs.

[86] D'autre part, on pourrait considérer que cet énoncé vise les cas où le décideur administratif possède vraiment une connaissance approfondie de la loi concernée. C'est cette dernière interprétation que je retiens. Il s'agit de la réitération par la Cour du genre de situations où elle a, de longue date, reconnu aux tribunaux administratifs le droit à la déférence en raison de leur expertise ou expérience particulière. Cette interprétation s'appuie sur des principes justifiant la déférence plutôt que sur une application formaliste d'un énoncé, application ne reposant sur aucune raison valable (pour un argument supplémentaire fondé sur l'interprétation textuelle du par. 54 de l'arrêt *Dunsmuir*, voir l'ouvrage de R. W. Macaulay et J. L. H. Sprague, *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals* (feuilles mobiles), vol. 3, p. 28-40.48).

[87] D'ailleurs, les deux exemples que citent les juges majoritaires dans l'arrêt *Dunsmuir* pour illustrer la catégorie relative à la loi constitutive au par. 54 font clairement voir que le décideur administratif doit véritablement posséder une expertise ou une expérience approfondie en ce qui concerne l'interprétation de sa loi constitutive ou de lois étroitement liées à son mandat. Fait important, les deux décisions citées, à savoir les arrêts *Société*

(*City Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*), involved labour boards with specialized expertise or experience.

[88] In *Canadian Broadcasting Corp.*, the majority noted that “[t]he labour relations tribunal, in its federal and provincial manifestations, is a classic example of an administrative body which is both highly specialized and highly insulated from review” (para. 31). In that case, in addition to noting the existence of a broad privative clause, the majority comments that by virtue of the Canada Labour Relations Board’s “specialized expertise, the Board is uniquely suited” (emphasis added) to determine the particular question before it (in that case, whether there had been interference with a trade union) and that this was “a question of law that Parliament intended to be answered by the Board, and not by the courts” (paras. 42-43). As such, the majority’s remark in *Dunsmuir* emanates from a context where the administrative decision-maker was recognized as having specialized expertise in interpreting its home statute.

[89] *Toronto (City) Board of Education* did not pertain to an administrative decision-maker’s interpretation of its home statute — rather, it related to the second segment of the category mentioned in conjunction with the need for particular familiarity in para. 54 of *Dunsmuir*: the interpretation of a statute closely connected to a tribunal’s function. At issue was an interpretation by a board of arbitration of a provision of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, which arose in the context of a labour grievance made by a teacher under a collective agreement. Significantly, the Court noted that it was unnecessary to even consider whether the arbitration board’s interpretation of the *Education Act* was correct because the only issue related to the arbitration board’s interpretation of “just cause” in the collective agreement (paras. 39-40). Ultimately, the arbitration board’s interpretation

*Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail) et Conseil de l’éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, concernaient des commissions du travail qui possédaient une expertise ou une expérience spécialisée.

[88] Dans l’arrêt *Société Radio-Canada*, les juges majoritaires ont souligné que « [l]e tribunal des relations du travail, qu’on trouve aux niveaux fédéral et provincial, est un exemple classique d’organisme administratif qui est à la fois hautement spécialisé et, dans une très grande mesure, à l’abri de tout contrôle » (par. 31). Dans cette affaire, en plus de signaler l’existence d’une clause privative générale, les juges majoritaires ont expliqué que, en raison de ses « connaissances spécialisées, le Conseil [canadien des relations du travail] [était] particulièrement apte » (je souligne) à trancher la question qui lui était soumise (en l’occurrence celle de savoir s’il y avait eu ingérence dans les activités du syndicat), ajoutant qu’il s’agissait d’« une question de droit à laquelle le Parlement a voulu que ce soit le Conseil qui réponde et non pas les cours de justice » (par. 42-43). Ainsi, l’observation des juges majoritaires dans *Dunsmuir* s’inscrit dans le contexte d’une affaire où la Cour a reconnu au décideur une expertise spécialisée relativement à l’interprétation de sa loi constitutive.

[89] L’affaire *Conseil de l’éducation de Toronto (Cité)* ne concernait pas l’interprétation par un décideur administratif de sa loi constitutive. Elle portait plutôt sur le second élément de la catégorie décrite au par. 54 de *Dunsmuir* et rattachée à la nécessité pour le décideur de posséder une connaissance approfondie : l’interprétation d’une loi étroitement liée au mandat du tribunal administratif. Le débat portait sur l’interprétation par un conseil d’arbitrage d’une disposition de la *Loi sur l’éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, dans le contexte d’un grief en droit du travail déposé par un enseignant en vertu d’une convention collective. Fait important à signaler, la Cour a souligné qu’il n’était même pas nécessaire de se demander si l’interprétation que le conseil avait faite de la *Loi sur l’éducation* était juste, parce que la seule question en litige concernait l’interprétation par le conseil de l’expression

was found to be patently unreasonable on the facts.

[90] The value of *Toronto (City) Board of Education* stems from its pronouncement that “[t]he findings of a board pertaining to the interpretation of a statute or the common law are generally reviewable on a correctness standard” and its reference at para. 39 to *Canadian Broadcasting Corp.* for the proposition that “[a]n exception to this rule may occur where the external statute is intimately connected with the mandate of the tribunal and is encountered frequently as a result.” The Court observed that

[t]here are a great many reasons why curial deference must be observed in such decisions. The field of labour relations is sensitive and volatile. It is essential that there be a means of providing speedy decisions by experts in the field who are sensitive to the situation, and which can be considered by both sides to be final and binding. [Emphasis added; para. 35.]

In sum, as demonstrated by the two examples, para. 54 of *Dunsmuir* does not recognize a broad home statute category of question, but rather a category grounded in the relative expertise or experience of the decision-maker.

[91] But beyond these two examples, neither of which resulted in deference being accorded to the administrative decision-maker for the mere reason that it was interpreting its home statute or a statute closely connected to its function, the result in *Dunsmuir* itself stands against the recognition of a broad “home” statute category of question that the reasons of my colleague would create, one that would not require the relative expertise or experience of the decision-maker. In *Dunsmuir*, the majority noted that the adjudicator, empowered by the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25, was called upon to interpret provisions of its home statute and a related statute, the *Civil Service Act*, S.N.B. 1984, c. C-5.1. Reasonableness was not selected by the majority as

« cause juste » dans la convention collective (par. 39-40). En fin de compte, l’interprétation du conseil a été jugée manifestement déraisonnable au vu des faits.

[90] La valeur de cet arrêt repose sur l’affirmation de la Cour selon laquelle « [l]es conclusions d’un conseil sur l’interprétation d’une loi ou de la common law peuvent généralement faire l’objet d’un examen selon la norme de la décision correcte » et sur son renvoi, au par. 39, à l’arrêt *Société Radio-Canada* pour appuyer l’idée qu’« [i]l peut y avoir dérogation à cette règle dans des cas où la loi est intimement liée au mandat du tribunal et où celui-ci est souvent appelé à l’examiner. » La Cour a précisé qu’

[i]l existe de nombreuses raisons pour lesquelles il y a lieu de faire preuve de retenue judiciaire dans ces cas. Le domaine des relations de travail est délicat et explosif. Il est essentiel de disposer d’un moyen de pourvoir à la prise de décisions rapides, par des experts du domaine sensibles à la situation, décisions qui peuvent être considérées définitives par les deux parties. [Je souligne; par. 35.]

En somme, comme le démontrent ces deux exemples, le par. 54 de l’arrêt *Dunsmuir* reconnaît non pas une vaste catégorie de questions relatives à la loi constitutive, mais plutôt une catégorie de questions fondée sur l’expertise ou l’expérience relative du décideur administratif.

[91] Mais au-delà de ces deux exemples où la déférence a effectivement été accordée au décideur administratif, mais pas uniquement parce qu’il interprétait sa loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat, l’arrêt *Dunsmuir* lui-même fait obstacle à la reconnaissance d’une vaste catégorie de questions relatives à la loi « constitutive » sans égard à l’expérience ou à l’expertise relative du décideur qu’auraient pour effet de créer les motifs de mon collègue. Dans l’arrêt *Dunsmuir*, les juges majoritaires ont fait observer que l’arbitre, qui tenait ses pouvoirs de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, était appelé à interpréter les dispositions de sa loi constitutive ainsi que celles d’une loi connexe, la *Loi sur la Fonction publique*, L.N.-B. 1984,

the standard of review on the basis of the first-level category of question stemming from the decision-maker's interpretation of its home statute or a statute closely connected to its function; rather, this standard was selected after a contextual standard of review analysis that included a discussion about the significance of the adjudicator's appointment on an *ad hoc* basis by mutual agreement of the parties (paras. 66-71). In the end, the long-standing recognition of "the relative expertise of labour arbitrators" was only one contextual factor that suggested the application of the standard of review of reasonableness (para. 68); deference was not accorded merely because the home statute was being interpreted.

[92] Ultimately, the development of any category of question that would tend to eliminate the need for a more fulsome analysis of the standard of review has to be grounded in a defensible rationale. As Professor Dyzenhaus aptly phrased it: "In short, formalism without substance is futile" (D. Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy" in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 298). Where the existence of a category is applied as the basis for adopting a standard of review of reasonableness, the rationale for according curial deference to the administrative decision-maker should be evident. For this reason, I find it helpful to briefly review the development of deference in the context of judicial review of administrative action.

## II. Judicial Review and Deference to Administrative Decision-Makers

[93] The expansion of the administrative state and the accompanying proliferation of administrative decision-making bodies have challenged courts to reconcile two duties that are often in tension: first, to faithfully apply the laws enacted by Parliament, and second, to ensure that the administrative bodies created by these laws do not overstep their legal boundaries.

ch. C-5.1. Ils ont retenu la raisonnable comme norme de contrôle, non pas sur la base de la catégorie de questions relevant de la première étape — à savoir l'interprétation par le décideur administratif de sa loi constitutive ou d'une loi étroitement liée à son mandat —, mais plutôt après une analyse contextuelle ayant tenu compte notamment de l'importance du fait que le décideur était un arbitre *ad hoc* — nommé spécialement pour cette affaire — que les parties avaient choisi de concert (par. 66-71). En fin de compte, le fait que la Cour avait maintes fois reconnu « l'expertise relative de l'arbitre dans l'interprétation d'une convention collective » n'était qu'un des facteurs contextuels qui militaient en faveur de la norme de la décision raisonnable (par. 68); la déférence n'a pas été accordée simplement parce qu'une loi constitutive était interprétée.

[92] Au bout du compte, l'établissement de toute catégorie de questions qui écarterait le besoin d'une analyse relative à la norme de contrôle plus poussée doit s'appuyer sur des justifications défendables. Comme l'a si bien dit le professeur Dyzenhaus : [TRADUCTION] « Bref, un formalisme dénué de substance est vide de sens » (D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy » dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 298). Lorsqu'une catégorie sert de fondement pour adopter la norme de la décision raisonnable, les justifications invoquées pour s'en remettre à la décision d'un tribunal administratif doivent être évidentes. C'est pourquoi je trouve utile d'examiner brièvement l'évolution du concept de la déférence dans le contexte du contrôle judiciaire des décisions administratives.

## II. Le contrôle judiciaire et la déférence envers les décideurs administratifs

[93] L'expansion de l'Administration et la multiplication des tribunaux administratifs qui en a découlé ont poussé les tribunaux judiciaires à concilier deux obligations qui s'opposent souvent : l'obligation d'appliquer fidèlement les lois adoptées par le législateur et l'obligation de veiller à ce que les organismes administratifs créés par ces lois ne débordent pas le cadre de leurs attributions légales.

[94] Prior to *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 (“*C.U.P.E.*”), courts frequently relied on the broad and somewhat technical notion of jurisdiction to resolve this tension in a manner that gave short shrift to indicators of legislative intent — such as privative clauses — which otherwise would seem to indicate that administrative decision-makers should enjoy some degree of deference (see the Honourable Madam Justice Beverley McLachlin, “The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law” (1998), 12 *C.J.A.L.P.* 171, at pp. 178-79, and the cases cited at fn. 9).

[95] However, Dickson J.’s (as he then was) admonition in *C.U.P.E.* that courts “should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so” (p. 233), ushered in an era of judicial deference to administrative decision-making. In *C.U.P.E.*, this meant that the Public Service Labour Relations Board was entitled to deference in interpreting its home statute not only because it was protected by a broad privative clause, but because

[t]he labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area. [Emphasis added; pp. 235-36.]

[96] Judicial review of administrative action in the years following *C.U.P.E.* was characterized by the movement away from formalistic notions of jurisdiction and towards a “pragmatic and

[94] Avant l’arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 (« *S.C.F.P.* »), les cours de justice se fondaient sur le concept vaste et assez technique de compétence pour résoudre cette opposition, faisant ainsi peu de cas des indices de l’intention du législateur — par exemple les clauses privatives — qui tendaient par ailleurs à démontrer que les tribunaux administratifs devaient bénéficier d’une certaine déférence (voir l’article de l’honorable Beverley McLachlin, « The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law » (1998), 12 *C.J.A.L.P.* 171, p. 178-179, ainsi que la jurisprudence citée à la note en bas de page 9).

[95] Toutefois, la mise en garde du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *S.C.F.P.* — qui invitait les tribunaux judiciaires à « éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l’assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu’il existe un doute à cet égard » (p. 233) — a marqué le début d’une ère de déférence des tribunaux judiciaires envers les tribunaux administratifs. Dans cette affaire, l’application de cette approche s’est traduite par la conclusion qu’il y avait lieu de faire montre de déférence à l’égard de la Commission des relations de travail dans les services publics lorsqu’elle interprétait sa loi constitutive, et ce, non seulement parce qu’elle était protégée par une clause privative générale, mais aussi pour les raisons suivantes :

[l]a commission est un tribunal spécialisé chargé d’appliquer une loi régissant l’ensemble des relations de travail. Aux fins de l’administration de ce régime, une commission n’est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s’est développé à partir du système de négociation collective, tel qu’il est envisagé au Canada, et à sa perception des relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine. [Je souligne; p. 235-236.]

[96] Au cours des années qui ont suivi l’arrêt *S.C.F.P.*, le contrôle judiciaire des décisions administratives a été caractérisé par l’abandon des notions formalistes de compétence et par l’adoption,



functional approach” to the standard of review, which involved consideration of a number of contextual factors (see, e.g., *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048). The goal of this approach was to better focus the concept of deference around legislative intent, namely, “whether the legislator intended the tribunal’s decision on these matters to be binding on the parties to the dispute” (*Bibeault*, at p. 1090) or, put another way, to determine which body Parliament intended to be “best-situated to answer [the] question conclusively — the court or the tribunal?” (McLachlin, at pp. 180-81).

[97] During this time, expertise played a key role in the decision to accord deference to administrative decision-makers. Though formally only one of the contextual factors to be considered, the Court held in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, that expertise “is the most important of the factors that a court must consider in settling on a standard of review” (para. 50). In *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, the majority elaborated on expertise, indicating that it must be understood “as a relative, not an absolute concept” (para. 33), and noted that once the expertise of the administrative decision-maker is established relative to a court, “the Court is sometimes prepared to show considerable deference even in cases of highly generalized statutory interpretation where the instrument being interpreted is the tribunal’s constituent legislation” (para. 34).

[98] In *Dunsmuir* itself, the Court continued to rely on relative expertise — along with the experience of administrative decision-makers — as a key rationale for according deference. The majority in *Dunsmuir*, drawing from Professor Mullan, explained deference in this way:

Deference in the context of the reasonableness standard therefore implies that courts will give due

en matière de norme de contrôle, de l’« analyse pragmatique et fonctionnelle », qui suppose la prise en compte de divers facteurs contextuels (voir, p. ex., l’arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048). Cette méthode visait à rattacher davantage le concept de déférence à l’intention du législateur, c’est-à-dire à déterminer « si [ce dernier entendait] que la décision du tribunal sur ces questions lie les parties au litige » (*Bibeault*, p. 1090) ou, en d’autres termes, à se demander quel tribunal est, selon le législateur, [TRADUCTION] « le mieux placé pour répondre de façon concluante à la question : le tribunal judiciaire ou le tribunal administratif? » (McLachlin, p. 180-181).

[97] Durant cette période, le critère de l’expertise a joué un rôle clé dans la décision par les tribunaux judiciaires de faire preuve ou non de déférence envers les tribunaux administratifs. Bien que, concrètement, l’expertise ne constitue qu’un facteur contextuel parmi ceux qui doivent être considérés, la Cour a jugé dans l’arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, qu’elle « est le facteur le plus important qu’une cour doit examiner pour arrêter la norme de contrôle applicable » (par. 50). Dans l’arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, les juges majoritaires ont précisé le critère de l’expertise, indiquant que celle-ci devait être tenue « pour une notion relative et non absolue » (par. 33), et signalant que, dès lors que l’expertise du tribunal administratif par rapport à celle du tribunal judiciaire a été établie, « la Cour est parfois disposée à faire preuve de beaucoup de retenue même dans des cas faisant jouer des questions très générales d’interprétation de la loi, si le texte en cause est la loi constitutive du tribunal » (par. 34).

[98] Dans l’arrêt *Dunsmuir* lui-même, la Cour a continué à citer l’expertise relative — ainsi que l’expérience des décideurs administratifs — comme principale raison de faire montre de déférence envers un tel décideur. Se référant aux propos du professeur Mullan, les juges majoritaires ont expliqué ainsi le concept de déférence :

La déférence inhérente à la norme de la raisonabilité implique donc que la cour de révision tienne dûment

consideration to the determinations of decision makers. As Mullan explains, a policy of deference “recognizes the reality that, in many instances, those working day to day in the implementation of frequently complex administrative schemes have or will develop a considerable degree of expertise or field sensitivity to the imperatives and nuances of the legislative regime”. . . . In short, deference requires respect for the legislative choices to leave some matters in the hands of administrative decision makers, for the processes and determinations that draw on particular expertise and experiences, and for the different roles of the courts and administrative bodies within the Canadian constitutional system. [Emphasis added; citation omitted; para. 49.]

[99] *Dunsmuir* retained the multi-pronged standard of review analysis, but it also attempted to simplify the analysis by articulating “categories of question” to resolve the standard of review on the basis of precedent. In my view, the jurisprudence makes clear that with respect to an administrative decision-maker’s interpretation of its home statute, relative expertise or experience of the decision-maker is critical and cannot be overlooked if deference is to be categorically accorded. As noted by the majority in *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, 2003 SCC 28, [2003] 1 S.C.R. 476, at para. 16, “[d]eference to the decision maker is called for only when it is in some way more expert than the court and the question under consideration is one that falls within the scope of its greater expertise” (citing *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at para. 28).

[100] According deference to an administrative decision-maker merely for the reason that it is interpreting its home statute and no constitutional question, centrally important legal question, or question about the limits of its authority *vis-à-vis* another tribunal is incomplete. Such a position is purely formalistic and loses sight of the rationale for according deference to an interpretation of the home statute that has developed in the

compte des conclusions du décideur. Comme l’explique Mullan, le principe de la déférence [TRADUCTION] « reconnaît que dans beaucoup de cas, les personnes qui se consacrent quotidiennement à l’application de régimes administratifs souvent complexes possèdent ou acquièrent une grande connaissance ou sensibilité à l’égard des impératifs et des subtilités des régimes législatifs en cause ». [ . . . ] La déférence commande en somme le respect de la volonté du législateur de s’en remettre, pour certaines choses, à des décideurs administratifs, de même que des raisonnements et des décisions fondés sur une expertise et une expérience dans un domaine particulier, ainsi que de la différence entre les fonctions d’une cour de justice et celles d’un organisme administratif dans le système constitutionnel canadien. [Je souligne; référence omise; par. 49.]

[99] Dans *Dunsmuir*, la Cour a retenu l’analyse relative à la norme de contrôle en plusieurs étapes, mais elle a tenté de simplifier cette analyse en énonçant des « catégories de questions » permettant de dégager la norme applicable sur la base de la jurisprudence existante. À mon avis, il ressort clairement de la jurisprudence qu’en ce qui concerne l’interprétation par un décideur administratif de sa loi constitutive, l’importance de l’expertise ou de l’expérience relative de ce dernier est un facteur crucial qui ne saurait être ignoré si la décision de faire montre ou non de déférence est prise sur la base de catégories. Comme l’ont souligné les juges majoritaires dans l’arrêt *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, 2003 CSC 28, [2003] 1 R.C.S. 476, par. 16, la cour de révision « doit faire preuve de retenue uniquement lorsque l’organisme décisionnel possède, de quelque façon, une plus grande expertise qu’elle et que la question visée relève de cette plus grande expertise » (renvoyant à l’arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, par. 28).

[100] Faire preuve de retenue envers un décideur administratif simplement parce qu’il interprète sa loi constitutive et qu’il n’est saisi d’aucune question constitutionnelle ou question revêtant une importance capitale pour le système juridique ou visant à délimiter sa compétence par rapport à celle d’un autre tribunal administratif témoigne d’une démarche incomplète. Cette position purement formaliste fait abstraction de la raison énoncée dans la

jurisprudence including *Dunsmuir*, namely, that the legislature has manifested an intent to draw on the relative expertise or experience of the administrative body to resolve the interpretative issues before it. Such intent cannot simply be presumed from the creation of an administrative body by the legislature. Rather, courts should look to the jurisprudence or to the enabling statute to determine whether it is established in a satisfactory manner that the decision-maker actually has a particular familiarity — or put another way, particular expertise or experience relative to a court — with respect to interpreting its home statute. If it is so established, as it typically is with labour boards, then deference should be accorded on the basis of this category of question. But if there is an absence of indicia of a given decision-maker's particular familiarity with its home statute, then, provided that no other category of question for resolving the standard of review is engaged, courts should move to the second step of *Dunsmuir* and consider the contextual factors.

[101] There does not appear to be any jurisprudence of this Court post-*Dunsmuir* which supports the proposition advanced by my colleague Fish J. that any administrative decision-maker's interpretation of its home statute, without need for particular familiarity on the part of the decision-maker, attracts deference unless the question is constitutional, of central importance to the legal system or concerned with demarcating one tribunal's authority from another.

[102] In *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec v. Proprio Direct inc.*, 2008 SCC 32, [2008] 2 S.C.R. 195, at para. 21, the majority observed that “[w]hat is at issue here is the interpretation by the discipline committee, a body of experts, of its home statute . . . . The legislature assigned authority to the Association, through the experience and expertise of its discipline committee, to apply — and necessarily interpret — the statutory mandate” (citations omitted; emphasis

jurisprudence (dont *Dunsmuir*) pour justifier la déférence à l'égard de l'interprétation par un tribunal administratif de sa loi constitutive, à savoir l'intention exprimée par le législateur de s'en remettre à l'expertise ou à l'expérience relative de l'organisme administratif en cause pour résoudre les questions d'interprétation soumises à ce dernier. Cette intention ne peut pas être présumée du seul fait que le législateur a créé l'organisme administratif en question. La cour doit plutôt vérifier si la jurisprudence ou la loi constitutive reconnaît déjà de manière satisfaisante au tribunal administratif une connaissance approfondie — en d'autres termes, une expertise ou une expérience plus approfondie que celle d'une cour de justice — en ce qui concerne l'interprétation de sa loi constitutive. Si une telle connaissance est établie — conclusion habituelle lorsqu'il s'agit de commissions du travail —, la déférence s'impose alors sur la base de cette catégorie de questions. Mais en l'absence d'indices à cet égard et si aucune autre catégorie de questions ne permet d'arrêter la norme de contrôle, la cour doit alors passer à la seconde étape de l'analyse établie dans l'arrêt *Dunsmuir* et tenir compte de facteurs contextuels.

[101] Aucune décision de notre Cour depuis *Dunsmuir* ne semble appuyer la thèse de mon collègue le juge Fish suivant laquelle toute interprétation par un décideur administratif de sa loi constitutive commande la déférence, sans qu'il soit nécessaire que ce dernier possède une connaissance approfondie de cette loi, sauf si le décideur est saisi d'une question constitutionnelle ou d'une question qui revêt une importance capitale pour le système juridique ou vise à délimiter les compétences respectives de tribunaux administratifs.

[102] Dans l'arrêt *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct inc.*, 2008 CSC 32, [2008] 2 R.C.S. 195, par. 21, les juges majoritaires ont précisé que « [e]n l'espèce, la question en litige est l'interprétation, par le comité de discipline, composé d'experts, de sa loi constitutive [. . .] Le législateur a confié à l'Association le mandat d'assurer la protection du public et de statuer sur la conformité des activités de ses membres avec les règles de déontologie, mandat

added). Notably, the dissenting reasons in *Proprio Direct* engage the majority on the very question of the discipline committee's relative expertise: "Although the Act the discipline committee had to apply was its constituting statute, the committee's particular expertise is limited to disciplinary matters. It has not been shown to have general expertise in statutory interpretation" (para. 66, *per Deschamps J.*, dissenting (emphasis added)).

[103] Next, in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 44, the majority notes that "*Dunsmuir* (at para. 54), says that if the interpretation of the home statute or a closely related statute by an expert decision-maker is reasonable, there is no error of law justifying intervention" (emphasis added).

[104] In *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, the majority of the Court stated that "[t]he inference to be drawn from paras. 54 and 59 of *Dunsmuir* is that courts should usually defer when the tribunal is interpreting its own statute and will only exceptionally apply a correctness standard when interpretation of that statute raises a broad question of the tribunal's authority" (para. 34). While there is no express mention of the particular familiarity of the decision-maker (the Financial Services Tribunal) with its home statute in this passage, the presence of such familiarity can be readily inferred from the home statute itself, the *Financial Services Commission of Ontario Act, 1997*, S.O. 1997, c. 28. Subsection 6(4) of that Act indicates that the Lieutenant Governor in Council is to appoint members to be a part of the tribunal "who have experience and expertise in the regulated sectors" and when assigning particular tribunal members to a panel to hear a dispute, s. 7(2) directs that the chair of the tribunal "shall take into consideration the requirements, if any,

dont elle s'acquitte en faisant appel à l'expérience et à l'expertise de son comité de discipline et qui suppose forcément l'interprétation des dispositions pertinentes » (références omises; je souligne). Il convient de signaler que, dans l'arrêt *Proprio Direct*, les juges dissidents ont attaqué la position des juges majoritaires sur la question même de l'expertise relative du comité de discipline : « [B]ien que la Loi que le comité de discipline devait appliquer ait été sa loi constitutive, ce dernier ne possède aucune expertise particulière en dehors des questions de discipline. Son expertise générale en matière d'interprétation législative n'est pas démontrée » (par. 66, la juge Deschamps, dissidente (je souligne)).

[103] Par la suite, dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 44, les juges majoritaires ont souligné que, « [s]elon l'arrêt *Dunsmuir* (au par. 54), un décideur spécialisé ne commet pas d'erreur de droit justifiant une intervention si son interprétation de sa loi constitutive ou d'une loi étroitement liée est raisonnable » (je souligne).

[104] Dans l'arrêt *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, la majorité a déclaré que, suivant les « par. 54 et 59 de *Dunsmuir*, la déférence est habituellement de mise lorsque le tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive et [qu']il convient d'appliquer la norme de la décision correcte uniquement dans des cas exceptionnels, c'est-à-dire lorsque l'interprétation de cette loi soulève la question générale de la compétence du tribunal » (par. 34). Bien que ce passage ne mentionne pas expressément que le tribunal administratif (le Tribunal des services financiers) possède une connaissance approfondie de sa loi constitutive, l'existence d'une telle connaissance peut être aisément déduite de la loi constitutive elle-même, la *Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario*, L.O. 1997, ch. 28. En effet, aux termes du par. 6(4) de cette loi, le lieutenant-gouverneur en conseil doit nommer à titre de membres du Tribunal des personnes « qui ont de l'expérience et des compétences dans les secteurs réglementés », et le par. 7(2) dispose que,

for experience and expertise to enable the panel to decide the issues raised in any matter before the Tribunal”. Moreover, the majority reasons in *Nolan* also cite the exact language from para. 54 of *Dunsmuir*, including the portion of that paragraph referring to “particular familiarity” (para. 31).

[105] Most recently, in *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, the Court commented on an interpretation by the Patented Medicine Prices Review Board of the phrase “sold in any market in Canada” found in its home statute, the *Patent Act*. While noting that the parties did not present any argument on the standard of review and proceeded on the basis of a correctness standard, Abella J. questioned that premise and observed at para. 34 that “[t]his specialized tribunal is interpreting its enabling legislation. Deference will usually be accorded in these circumstances: see *Dunsmuir*, at paras. 54 and 59”.

[106] Taken together, these cases reflect the imperative that if the standard of review is to be resolved in favour of reasonableness on the basis of a category of question without the need for a contextual standard of review analysis, the category must be firmly grounded in a clear rationale for deference. In the case of an administrative body interpreting its home statute, that rationale must be based upon clear legislative intent revealed by a privative clause (*Dunsmuir*, at para. 55, first factor), or by the discrete regime or question of law in which the decision maker has specialized expertise (*Dunsmuir*, at para. 55, second and third factors). A broad category of question that accords deference solely because the decision-maker is interpreting its home statute, without reference to the particular familiarity of the decision-maker with it pays lip service to legislative intent and creates what Professor Jacobs calls a “detrimental risk of sweeping a wide variety of issues into a single

lorsqu’il affecte des membres à un comité chargé de connaître des affaires dont est saisi le Tribunal, le président « tient compte de l’expérience et des compétences qui sont nécessaires, le cas échéant, au comité pour trancher les questions soulevées dans toute affaire portée devant le Tribunal ». De plus, dans *Nolan*, les juges majoritaires citent textuellement le par. 54 de l’arrêt *Dunsmuir*, y compris le passage où il est question de « connaissance approfondie » (par. 31).

[105] Tout récemment, dans l’arrêt *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, la Cour a formulé des observations sur l’interprétation par le Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés de l’expression « vente [. . .] sur le marché canadien » figurant dans sa loi constitutive, la *Loi sur les brevets*. Relevant le fait que les parties n’avaient présenté aucun argument sur la norme de contrôle applicable et avaient considéré que celle de la décision correcte s’appliquait, la juge Abella a mis en doute le bien-fondé d’une telle prémisse et fait le commentaire suivant au par. 34 : « Nous sommes en présence d’un tribunal expert qui interprète sa propre loi habilitante. La déférence est habituellement de mise dans de telles circonstances : voir *Dunsmuir*, par. 54 et 59 ».

[106] Ensemble, ces décisions indiquent que, pour que la question de la norme de contrôle applicable puisse être tranchée en faveur de la raisonabilité sur la base de la correspondance à une catégorie de questions, sans qu’il soit nécessaire de procéder à une analyse contextuelle, il est impératif que cette catégorie soit solidement ancrée sur un raisonnement qui justifie nettement la déférence. Dans le cas d’un organisme administratif qui interprète sa loi constitutive, cette justification doit s’appuyer sur la volonté manifeste exprimée par le législateur au moyen d’une clause privative (*Dunsmuir*, par. 55, premier facteur) ou sur un régime administratif distinct et particulier ou une question de droit à l’égard desquels le tribunal administratif possède une expertise spéciale (*Dunsmuir*, par. 55, deuxième et troisième facteurs). L’établissement d’une vaste catégorie de questions commandant la manifestation de déférence envers le tribunal administratif du seul fait que celui-ci interprète

standard, without analysis of the expertise of the decision-maker” (L. Jacobs, “Developments in Administrative Law: The 2007-2008 Term — The Impact of *Dunsmuir*” (2008), 43 *S.C.L.R.* (2d) 1, at p. 31).

### III. Application to This Appeal

[107] Here, there is no indication that Parliament intended the Second Committee — or any Arbitration Committee — to have particular familiarity with its home statute, the *NEBA*. Indeed, there is no legislative requirement to that effect. Counsel at the hearing before our Court were questioned regarding the appointment of Arbitration Committees, and conflicting answers were given regarding the existence of a list of appointees and their particular expertise on matters subject to arbitration under the *NEBA*.

[108] At best, what can be said is that Arbitration Committees are appointed *ad hoc* under the *NEBA* by the Minister of Natural Resources and while they may include practising lawyers, there is nothing to suggest — in the legislative scheme or otherwise — that they hold any sort of expertise or experience relative to a court when it comes to interpreting the *NEBA*. This *ad hoc* arrangement is quite unlike that of the National Energy Board, also established under the *NEBA*, which the Act requires to consist of not more than nine permanent members who serve renewable terms of seven years (see *NEBA*, s. 3). Though decisions of Arbitration Committees and the National Energy Board are both subject to review on questions of law or jurisdiction, it is notable that Parliament grants a right of appeal from a Committee decision to the Federal Court, whereas an appeal from a decision of the Board lies to the Federal Court of Appeal, upon leave being granted (see *NEBA*, ss. 101 and 22(1)). Given the broad statutory right to

sa loi constitutive, sans examen de la question de savoir s’il possède une connaissance approfondie de cette loi, ne représente pas une adhésion réelle à l’intention du législateur et crée ce que le professeur Jacobs appelle [TRADUCTION] « le risque pernicieux de faire relever une foule de questions d’une seule et même norme, sans analyse des compétences spécialisées que possède le tribunal administratif concerné » (L. Jacobs, « Developments in Administrative Law : The 2007-2008 Term — The Impact of *Dunsmuir* » (2008), 43 *S.C.L.R.* (2d) 1, p. 31).

### III. Application au présent pourvoi

[107] En l’espèce, rien n’indique que le législateur requerrait que le second comité — ou tout comité d’arbitrage — ait une connaissance approfondie de sa loi constitutive, en l’occurrence la *LONE*. On ne trouve d’ailleurs aucune exigence en ce sens dans la loi. À l’audience devant notre Cour, les avocats ont été interrogés au sujet de la constitution des comités et ils ont donné des réponses contradictoires relativement à l’existence d’une liste des personnes nommées et de leur expertise particulière sur des questions arbitrables sous le régime de la *LONE*.

[108] Tout au plus peut-on affirmer que les comités d’arbitrage sont des comités *ad hoc*, constitués par le ministre des Ressources naturelles en vertu de la *LONE*. Et, bien qu’ils puissent y avoir des avocats en exercice dans leurs rangs, rien — dans le régime établi par la loi ou ailleurs — ne tend à indiquer qu’ils possèdent quelque expertise ou expérience particulière par rapport aux tribunaux judiciaires lorsqu’il s’agit d’interpréter la *LONE*. Ces comités sont très différents de l’Office national de l’énergie, aussi constitué en vertu de la *LONE*. Aux termes de celle-ci, l’Office est composé d’au plus neuf membres nommés pour des mandats renouvelables de sept ans (*LONE*, art. 3). Bien que tant les décisions des comités d’arbitrage que celles de l’Office soient susceptibles de contrôle judiciaire sur une question de droit ou de compétence, il convient de signaler que le législateur a prévu la possibilité d’interjeter appel des décisions des comités devant la Cour fédérale, et de celles de l’Office devant la Cour d’appel fédérale,

appeal the decision of an Arbitration Committee, even using the concurring approach advocated by Binnie J. in *Dunsmuir* (at para. 146), there would be no deference presumptively owed to decisions of Arbitration Committees because of the mere fact that the legislature designated them — and not the courts — as the decision-makers of first instance. Moreover, in respect of the Board, s. 23(1) of the *NEBA* states that “[e]xcept as provided in this Act, every decision or order of the Board is final and conclusive.” No similar provision exists with respect to Arbitration Committees.

[109] The difference in the appointment processes for these two administrative bodies created under the same statute would logically result in the National Energy Board, as an institution, possessing greater expertise and experience under the *NEBA* regarding the matters it is directed to decide, as compared to Arbitration Committees. The different avenues by which the decisions of these two bodies may be reviewed also make it evident that Parliament intended decisions of the National Energy Board be shown greater deference than those of Arbitration Committees. This counsels against creating the broad category of question adopted by Fish J. that would accord deference to any administrative decision-maker’s interpretation of its home statute except in a closed category of circumstances. I also reiterate that in *Dunsmuir*, where the adjudicator was selected *ad hoc* by mutual agreement of the parties, the majority did not rely solely on either a presumed or institutional expertise to interpret the home statute as the basis for reasonableness.

[110] In this appeal, deference should be accorded to the Second Committee, not because it interpreted its home statute, but because it exercised its statutorily conferred discretion to make an award of costs. This should be considered along with this Court’s observation in *Nolan* that costs awards are “quintessentially discretionary” (para. 126) and the

avec l’autorisation de celle-ci (*LONE*, art. 101 et par. 22(1)). Compte tenu du fait que la *LONE* prévoit un large droit d’appel des décisions des comités, on ne saurait présumer que les décisions des comités commandent la déférence du seul fait que le législateur a désigné ces derniers — et non les cours de justice — comme décideurs en première instance, et ce, même suivant l’approche préconisée par le juge Binnie dans ses motifs concourants dans *Dunsmuir* (par. 146). Qui plus est, s’agissant de l’Office, le par. 23(1) de la *LONE* précise que : « Sauf exceptions prévues à la présente loi, les décisions ou ordonnances de l’Office sont définitives et sans appel. » Aucune disposition semblable n’est prévue dans le cas des comités d’arbitrage.

[109] Eu égard à la différence qui existe entre les modes de nomination de ces deux entités administratives créées sous le régime de la même loi, l’Office posséderait logiquement une expertise et une expérience supérieures à celles des comités d’arbitrage sur les questions dont il est saisi en vertu de la *LONE*. En outre, il ressort à l’évidence des voies différentes prévues pour le contrôle des décisions de ces deux entités que le législateur entendait que soit accordée une plus grande déférence aux décisions de l’Office qu’à celles des comités. Ces considérations militent à l’encontre de la création de la vaste catégorie de questions — proposée par le juge Fish — commandant la déférence dans tous les cas où un décideur administratif interprète sa loi constitutive, sauf dans certaines circonstances limitées. Je rappelle également que, dans l’arrêt *Dunsmuir*, où le décideur était un arbitre *ad hoc* nommé de concert par les parties, les juges majoritaires ne se sont pas fondés exclusivement sur l’expertise — présumée ou institutionnelle — du décideur en matière d’interprétation de sa loi constitutive pour justifier le choix de la norme de la décision raisonnable.

[110] En l’espèce, il convient de faire montre de déférence envers le second comité, non pas parce qu’il interprétait sa loi constitutive, mais parce qu’il exerçait le pouvoir discrétionnaire que lui confère la *LONE* en matière d’adjudication de frais. Il convient également de tenir compte de l’observation de notre Cour dans *Nolan* selon laquelle l’adjudication des

recognition in *Dunsmuir* that for matters involving discretion, “deference will usually apply automatically” (para. 53). Thus, in the context of s. 99(1) of the *NEBA*, which directs an Arbitration Committee to award to an expropriated party “all legal, appraisal and other costs determined by the Committee to have been reasonably incurred . . . in asserting that person’s claim for compensation”, deference should be paid to the Second Committee’s finding regarding the costs that it determined were reasonably incurred by Mr. Smith in asserting his claim for compensation. Such deference is warranted because of the clear and unequivocal language of s. 99(1). In this respect, I agree with my colleague Fish J. when he notes, at para. 31 of his reasons, that this language “reflects a legislative intention to vest in Arbitration Committees sole responsibility for determining the nature and the amount of the costs to be awarded in the disputes they are bound under the *NEBA* to resolve”. This, and not the mere fact that the Second Committee was interpreting its home statute, militates in favour of according deference.

[111] For these reasons, I would allow the appeal, with costs to Mr. Smith throughout on a solicitor-and-client basis.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Ackroyd, Edmonton.*

*Solicitors for the respondent: Bennett Jones, Calgary.*

dépens constitue « un exemple typique d’une décision discrétionnaire » (par. 126) et de la reconnaissance par celle-ci, dans *Dunsmuir*, qu’en présence d’une question touchant au pouvoir discrétionnaire « la retenue s’impose habituellement d’emblée » (par. 53). Par conséquent, dans le contexte du par. 99(1) de la *LONE*, qui enjoint au comité d’arbitrage d’accorder à l’exproprié « tous les frais, notamment de procédure et d’évaluation, que le comité estime avoir été entraînés par l’exercice du recours », la déférence s’impose à l’égard de la conclusion du second comité au sujet des frais qu’il a estimé avoir été entraînés par l’exercice du recours en indemnisation de M. Smith. Une telle déférence se justifie par le libellé clair et sans équivoque du par. 99(1). À cet égard, je souscris à l’avis exprimé par mon collègue le juge Fish au par. 31 de ses motifs que ce libellé « traduit la volonté du législateur de confier en exclusivité aux comités d’arbitrage la responsabilité de déterminer la nature et le montant des frais à accorder dans les litiges qu’ils sont tenus de trancher aux termes de la *LONE* ». Ces considérations, et non le simple fait que le second comité interprétait sa loi constitutive, militent en faveur de la déférence en l’espèce.

[111] Pour ces motifs, j’accueillerais le pourvoi et j’adjugerais les frais et dépens à M. Smith sur la base procureur-client devant toutes les juridictions.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l’appelant : Ackroyd, Edmonton.*

*Procureurs de l’intimée : Bennett Jones, Calgary.*



**Marko Miljevic** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. MILJEVIC**

**2011 SCC 8**

File No.: 33714.

2010: December 17; 2011: February 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Trial — Charge to jury — Questions from jury — Whether trial judge erred in response to jury's questions.*

The accused was charged with second degree murder. At trial, he admitted that he was guilty of manslaughter but argued that he did not have the required mental state for murder. During deliberations, the jury asked the trial judge to explain the difference between manslaughter and second degree murder, to provide examples, and to provide a specific definition of manslaughter. The trial judge responded to the questions but did not provide examples or a definition of manslaughter. The jury convicted the accused of second degree murder.

*Held* (McLachlin C.J. and Deschamps and Fish JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The trial judge responded correctly to the jury's questions. He explained that the difference between manslaughter and second degree murder is in the accused's mental state. There is no reasonable possibility that the jury misunderstood what had to be proved for a conviction of second degree murder or that they should find the accused guilty of manslaughter if murder was not proved.

**Marko Miljevic** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. MILJEVIC**

**2011 CSC 8**

N° du greffe : 33714.

2010 : 17 décembre; 2011 : 16 février.

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

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

*Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Questions du jury — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en répondant aux questions du jury?*

L'accusé était inculpé de meurtre au deuxième degré. Au procès, il a reconnu être coupable d'homicide involontaire coupable, mais il soutenait ne pas avoir eu l'état d'esprit requis pour commettre un meurtre. Pendant ses délibérations, le jury a demandé au juge du procès de lui expliquer la différence entre un homicide involontaire coupable et un meurtre au deuxième degré et de lui donner des exemples et une définition précise d'un homicide involontaire coupable. Le juge du procès a répondu à ces questions, mais n'a pas donné d'exemples ni de définition précise d'un homicide involontaire coupable. Le jury a déclaré l'accusé coupable de meurtre au deuxième degré.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Deschamps et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : Le juge du procès a répondu correctement aux questions du jury. Il lui a expliqué que la différence entre un homicide involontaire coupable et un meurtre au deuxième degré réside dans l'état d'esprit de l'accusé. On ne pourrait raisonnablement conclure que le jury a pu mal comprendre ce qui devait être prouvé pour lui permettre de rendre un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré ou qu'il devait rendre un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable si le meurtre n'était pas prouvé.

*Per McLachlin C.J. and Deschamps and Fish JJ. (dissenting):* The failure to explain the difference between manslaughter and second degree murder was fatal. Jurors should not be required to convict an accused of one of two offences without understanding the elements of each offence and how the evidence relates to each offence. The jury should have been informed that the mental element of the offence required both the intentional application of force and the objective foreseeability of the risk of bodily harm, which is neither trivial nor transitory, in the context of the dangerous act. The trial judge gave the wrong definition of the bodily harm required for murder and failed to draw the jury's attention to the question whether the accused lacked the subjective foresight that distinguishes murder from manslaughter because of his extensive consumption of alcohol and drugs.

#### Cases Cited

By Cromwell J.

**Distinguished:** *R. v. Layton*, 2009 SCC 36, [2009] 2 S.C.R. 540.

By Fish J. (dissenting)

*R. v. MacKay*, 2005 SCC 75, [2005] 3 S.C.R. 607; *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495; *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 229(a)(ii), 691(1)(a).

#### Authors Cited

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

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, O'Brien and McDonald J.J.A.), 2010 ABCA 115, 25 Alta. L.R. (5th) 135, 482 A.R. 115, 490 W.A.C. 115, 254 C.C.C. (3d) 25, [2010] 9 W.W.R. 279, [2010] A.J. No. 384 (QL), 2010 CarswellAlta 637, upholding the accused's conviction for second degree murder. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Deschamps and Fish JJ. dissenting.

*La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps et Fish (dissidents) :* L'omission du juge du procès d'expliquer la différence entre un homicide involontaire coupable et un meurtre au deuxième degré était une erreur fatale. Les jurés ne devraient pas se voir demander de déclarer l'accusé coupable de l'une ou l'autre de deux infractions sans comprendre les éléments constitutifs de chacune et le lien entre la preuve et chacune des infractions. Le jury aurait dû être informé du fait que l'élément moral de l'infraction exigeait à la fois l'application intentionnelle de la force et la prévisibilité objective du risque de lésions corporelles, qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère, dans le contexte de l'acte dangereux. Le juge du procès a donné une définition incorrecte des lésions corporelles requises pour qu'il y ait meurtre et il a omis d'attirer l'attention des jurés sur la question de savoir si, en raison de son abondante consommation d'alcool et de drogues, l'accusé ne présentait pas l'élément de prévision subjective qui distingue le meurtre de l'homicide involontaire coupable.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

**Distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Layton*, 2009 CSC 36, [2009] 2 R.C.S. 540.

Citée par le juge Fish (dissident)

*R. c. MacKay*, 2005 CSC 75, [2005] 3 R.C.S. 607; *Azoulay c. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 495; *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 229(a)(ii), 691(1)(a).

#### Doctrine

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

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Côté, O'Brien et McDonald), 2010 ABCA 115, 25 Alta. L.R. (5th) 135, 482 A.R. 115, 490 W.A.C. 115, 254 C.C.C. (3d) 25, [2010] 9 W.W.R. 279, [2010] A.J. No. 384 (QL), 2010 CarswellAlta 637, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Deschamps et Fish sont dissidents.

*Noel C. O'Brien, Q.C.*, for the appellant.

*Goran Tomljanovic, Q.C.*, and *Iwona Kuklicz*, for the respondent.

The judgment of Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] CROMWELL J. — The appellant admitted that he unlawfully caused the death of the victim and was therefore guilty of manslaughter. The jury convicted on the charge of second degree murder. The only live issue at trial was whether the appellant had the required mental state for murder, that is, whether he intended to cause death or intended to cause bodily harm that he knew was likely to cause death and was reckless as to whether death ensued. This appeal as of right brought pursuant to s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, turns on whether the trial judge erred in his answer to questions from the jury about the offence of manslaughter, an offence which as noted the appellant admitted having committed. The formal judgment of the Court of Appeal sets out the grounds of the dissent as follows:

In this case, where the unlawful act had been admitted, it should have been explained to the jury that the *actus reus* had been admitted, namely the deliberate throwing of a heavy object into the crowd — an inherently dangerous act (which, in the circumstances of this case, amounted to an assault). Further, the jury should have been informed that the mental element of the offence, in this instance, required both the intentional application of force (which was admitted) and the objective foreseeability of the risk of bodily harm, which is neither trivial nor transitory, in the context of the dangerous act.

In my view, the trial judge did not err and for the reasons of the majority of the Alberta Court of Appeal (2010 ABCA 115, 25 Alta. L.R. (5th) 135), at paras. 21-26, I would dismiss the appeal.

[2] I would add only that the judge responded helpfully and correctly to the jury's questions.

*Noel C. O'Brien, c.r.*, pour l'appellant.

*Goran Tomljanovic, c.r.*, et *Iwona Kuklicz*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LE JUGE CROMWELL — L'appellant a admis avoir illégalement causé la mort de la victime et qu'il était donc coupable d'homicide involontaire coupable. Le jury l'a déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. La seule question en litige était de savoir si l'appellant avait l'état d'esprit requis pour pouvoir être déclaré coupable de meurtre, c'est-à-dire, s'il avait l'intention de causer la mort ou s'il avait l'intention d'infliger des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer la mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. Le présent appel de plein droit, interjeté en vertu de l'al. 691(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, porte sur la question de savoir si le juge du procès a commis une erreur dans sa réponse aux questions du jury au sujet de l'infraction d'homicide involontaire coupable, infraction que l'appellant a reconnu avoir commise. Voici les motifs de dissidence tels qu'ils ont été exprimés dans le jugement formel de la Cour d'appel :

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, l'acte illégal ayant été admis, il aurait fallu expliquer au jury que l'*actus reus* avait été admis, soit qu'un objet lourd avait été lancé délibérément dans la foule — un acte dangereux par nature (qui, dans les circonstances, constituait une agression). De plus, le jury aurait dû être informé du fait que l'élément moral de l'infraction, en l'espèce, exigeait à la fois l'application intentionnelle de la force (qui a été admise) et la prévisibilité objective du risque de lésions corporelles, qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère, dans le contexte de l'acte dangereux.

Selon moi, le juge du procès n'a commis aucune erreur et, pour les motifs exprimés par la majorité de la Cour d'appel de l'Alberta (2010 ABCA 115, 25 Alta. L.R. (5th) 135), aux par. 21-26, je suis d'avis de rejeter l'appel.

[2] J'ajouterais seulement que le juge a répondu correctement et utilement aux questions du jury. En

Moreover, unlike the situation in *R. v. Layton*, 2009 SCC 36, [2009] 2 S.C.R. 540, the trial judge in this case encouraged the jury to pose a further question if his answer did not assist them. The jury asked: “In ‘layman terms’ what is the difference between murder 2 and manslaughter? Examples? . . . A specific definition of manslaughter?” With the approval of both Crown and defence counsel, the judge told the jury that the difference is in the accused’s mental state and then reviewed the portion of his original charge setting out the mental element of second degree murder. He added that the jury was to take it as established that the appellant had killed the victim unlawfully but that to establish that this killing was murder, the Crown had to establish something more, the state of mind required for murder. The judge declined to give the jury examples for fear that they would not make the difference between murder and manslaughter any clearer. He explained to the jury that each case is driven by its own facts, and the facts of one case or one example might not truly help them. With respect to the jury’s inquiry about a “specific definition of manslaughter”, the judge told the jury that there is no specific definition of manslaughter in the *Criminal Code*, but he could help them by saying that the killing in this case was either murder or manslaughter and that if the appellant was not proved to have had the mental state required for murder, then the killing is manslaughter. He concluded by encouraging the jury to formulate a further question if his answers did not assist them.

[3] In my view, there is no legal error as contended by the appellant in these instructions. There is no reasonable possibility that the jury could have misunderstood what had to be proved in order for them to return a guilty verdict on the charge of second degree murder. There is similarly no reasonable possibility that they could have misunderstood that if murder was not proved, they should return a guilty verdict on the offence of manslaughter, as

outré, contrairement à ce qui est advenu dans *R. c. Layton*, 2009 CSC 36, [2009] 2 R.C.S. 540, le juge du procès a encouragé en l’espèce le jury à poser une autre question si sa réponse ne l’aidait pas. Le jury a demandé : [TRADUCTION] « En “langage courant”, quelle est la différence entre un meurtre au deuxième degré et un homicide involontaire coupable? Des exemples? [. . .] Une définition précise de l’homicide involontaire coupable? » Avec l’approbation des avocats de la poursuite et de la défense, le juge a dit au jury que la différence réside dans l’état d’esprit de l’accusé, puis il a examiné la partie de son exposé original précisant l’élément moral de l’infraction de meurtre au deuxième degré. Il a ajouté que le jury devait tenir pour établi que l’appelant avait tué la victime illégalement, mais que pour démontrer que cet homicide était un meurtre le ministère public devait prouver un élément de plus, soit l’état d’esprit requis pour commettre un meurtre. Le juge a refusé de donner des exemples au jury de crainte qu’ils ne clarifient en rien la différence entre un meurtre et un homicide involontaire coupable. Il a expliqué au jury que chaque affaire est un cas d’espèce et que les faits propres à une affaire ou un exemple risquaient de ne pas les aider vraiment. En ce qui concerne la « définition précise de l’homicide involontaire coupable » demandée par le jury, le juge a dit au jury qu’aucune définition précise de l’homicide involontaire coupable ne figure dans le *Code criminel*, mais qu’il pouvait les aider en disant que l’homicide dont il était question en l’espèce était soit un meurtre soit un homicide involontaire coupable et que, s’il n’était pas prouvé que l’appelant avait l’état d’esprit requis pour commettre un meurtre, alors il s’agissait d’un homicide involontaire coupable. Il a conclu en encourageant le jury à poser une autre question si ses réponses ne l’aidaient pas.

[3] Selon moi, contrairement à ce qu’a prétendu l’appelant, ces directives ne sont entachées d’aucune erreur de droit. On ne pourrait raisonnablement conclure que le jury a pu mal comprendre ce qui devait être prouvé pour lui permettre de rendre un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré. On ne pourrait non plus raisonnablement conclure que le jury a pu mal comprendre que, s’il n’était pas prouvé qu’il y avait eu meurtre,

defence counsel had urged them to do. The instructions focussed the jury on the sole issue it had to decide and gave them the correct legal principles necessary for them to do so.

[4] I would dismiss the appeal.

The reasons of McLachlin C.J. and Deschamps and Fish J.J. were delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

[5] Like O’Brien J.A., dissenting in the Court of Appeal (2010 ABCA 115, 25 Alta. L.R. (5th) 135), and for substantially the same reasons, I would allow the appeal and order a new trial.

[6] As Justice O’Brien points out (at para. 75), the trial judge directed the jury that they were bound to convict the appellant of either murder or manslaughter. He directed the jury on the essential elements of murder but gave them no definition and no instructions *at all* on the essential elements of manslaughter.

[7] After deliberating for some time, the jurors evidently needed — and expressly requested — further guidance. They asked the judge to explain the difference between manslaughter and second degree murder, and to provide them with a “specific definition of manslaughter”.

[8] The judge concluded that the jury was having difficulty understanding the distinction between manslaughter and murder, notwithstanding what he had said in his charge. That they had asked for a definition of manslaughter, the judge said, “would tend to suggest that they are wrestling as to whether or not it is”. He nonetheless refused to give them

il devait rendre un verdict de culpabilité d’homicide involontaire coupable comme le procureur de la défense le lui demandait. Le juge, dans ses directives, a dirigé l’attention du jury sur la seule question qu’il devait trancher et l’a correctement instruit des principes juridiques à appliquer.

[4] Je suis d’avis de rejeter l’appel.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps et Fish rendus par

LE JUGE FISH (dissent) —

I

[5] À l’instar du juge O’Brien, dissident en Cour d’appel (2010 ABCA 115, 25 Alta. L.R. (5th) 135), et en grande partie pour les mêmes motifs, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

[6] Comme le juge O’Brien le souligne (par. 75), le juge du procès a dit au jury qu’il était tenu de déclarer l’appelant coupable soit de meurtre soit d’homicide involontaire coupable. Il a informé le jury des éléments essentiels de l’infraction de meurtre, mais il ne leur a donné *aucune* définition de l’homicide involontaire coupable ni *aucune* directive quant aux éléments essentiels de cette infraction.

[7] Après avoir délibéré pendant quelque temps, les jurés avaient de toute évidence besoin de directives additionnelles et ont expressément demandé au juge de leur expliquer la différence entre l’homicide involontaire coupable et le meurtre au deuxième degré et de leur donner une [TRADUCTION] « définition précise de l’homicide involontaire coupable ».

[8] Le juge a conclu que les jurés avaient de la difficulté à comprendre la distinction entre un homicide involontaire coupable et un meurtre, malgré ce qu’il leur avait dit dans son exposé. Selon le juge, le fait que le jury ait demandé une définition de l’homicide involontaire coupable [TRADUCTION] « donn[ait] à penser qu’il a[vait] de la difficulté à

the definition they had requested, or to provide them with any instructions as to the essential elements of manslaughter.

[9] In my view, no 12 jurors should be required by a trial judge to convict the accused placed in their charge of one or the other of two offences *without understanding how the elements of both might relate to the evidence before them* (see *R. v. MacKay*, 2005 SCC 75, [2005] 3 S.C.R. 607, at para. 1, citing *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495, at p. 503). Yet that is what happened here.

[10] With respect for those who are of a different view, I agree with O'Brien J.A. that the trial judge thereby committed an error fatal to the jury's verdict and that a new trial should be ordered for that reason.

## II

[11] Speaking for the majority in *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521, Cory J. reaffirmed the particular significance of questions from the jury and the paramount duty of trial judges to answer them "clearly, correctly and comprehensively" (p. 528). "Even if the question relates to a matter that has been carefully reviewed in the main charge," Justice Cory added, "it still must be answered in a complete and careful manner". And, again: "The jury must be given a full and proper response to their question. The jury is entitled to no less." That is the law.

[12] Here, as we have seen, the judge well understood the significance of the jury's question. The jurors needed and sought further instructions as to the distinction between manslaughter and second degree murder. To better understand that distinction, upon which their verdict entirely depended, the jury requested a definition of manslaughter. Their request could have been easily satisfied by a

établir si oui ou non c'en est un ». Il a néanmoins refusé de donner au jury la définition qu'il avait demandée ou de lui donner des directives quant aux éléments essentiels de l'homicide involontaire coupable.

[9] Selon moi, aucun jury de 12 personnes ne devrait se voir demander par le juge du procès de déclarer l'accusé dont il détermine le sort coupable de l'une ou l'autre de deux infractions *sans comprendre le lien qui peut exister entre ces deux infractions et la preuve qui lui a été présentée* (voir *R. c. MacKay*, 2005 CSC 75, [2005] 3 R.C.S. 607, par. 1, citant *Azoulay c. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 495, p. 503). C'est pourtant ce qui s'est produit en l'espèce.

[10] En toute déférence pour les tenants de l'opinion contraire, je souscris à l'opinion du juge O'Brien selon laquelle le juge du procès a commis une erreur qui a été fatale au verdict du jury et que, pour ce motif, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

## II

[11] S'exprimant au nom de la majorité dans *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521, le juge Cory a réaffirmé l'importance particulière des questions posées par le jury et l'obligation primordiale des juges du procès de donner des réponses « claires, correctes et complètes » à ces questions (p. 528). Le juge Cory a ajouté : « Même si la question se rapporte à un sujet qui a été examiné soigneusement dans l'exposé principal, il faut y répondre quand même de façon complète et attentive. » Il a de plus affirmé : « Le jury doit recevoir une réponse complète et adéquate. Il a droit à au moins cela. » Voilà le droit applicable.

[12] En l'espèce, comme nous l'avons vu, le juge a bien saisi le sens de la question du jury. Les jurés avaient besoin de directives supplémentaires, et en ont demandé, quant à la distinction entre un homicide involontaire coupable et un meurtre au deuxième degré. Pour mieux comprendre cette distinction, dont dépendait entièrement son verdict, le jury a demandé une définition de l'homicide

simple instruction as to its essential elements and how they related to the main items of evidence. Instead, the jury received an unhelpful response.

[13] As O'Brien J.A. states (at paras. 84 and 88):

The answer provided by the trial judge to the jury did little to explain the distinction. It starts with the reiteration that it was proven that there was an “unlawful taking of life”. This, of course, is applicable both to murder and manslaughter. The judge then read selected portions of the charge, which the jury already had in its possession in written form.

It is not, of course, incumbent on the appellant to identify the reason why the jury was having difficulty distinguishing between the two offences. Here, it comes down simply to this. The jury was being asked to convict the appellant either of murder or manslaughter. For whatever reason, the jury wanted to be informed as to what, as a matter of law, constituted manslaughter. The question was directed at a relevant and live issue and I can think of no good reason for depriving the jury of that instruction.

[14] It appears from the record that the trial judge opted not to outline the elements of manslaughter for two reasons: first, because to do so might increase the jury’s confusion (for lay people, he explained, the concept “is not something that is necessarily easy to grasp”); and second, because the jury might as a result of his instruction acquit the accused of manslaughter, contrary to his express direction that it was not open to them to do so.

[15] With respect, I agree with O'Brien J.A. that these rationales for withholding the requested assistance “denigrat[e] the role of the jury” (para. 89), whose “collective wisdom and intelligence” the law should and does presume (*R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 139). I reject

involontaire coupable. On aurait pu facilement lui répondre par une simple directive sur les éléments essentiels de l’homicide involontaire coupable et sur leur lien avec les principaux éléments de preuve. Au lieu de cela, le jury a reçu une réponse qui ne lui était d’aucun secours.

[13] Le juge O'Brien a affirmé ce qui suit, aux par. 84 et 88 :

[TRADUCTION] La réponse fournie au jury par le juge du procès ne lui a guère expliqué la distinction. Le juge commence par réitérer qu’il a été prouvé qu’il y a eu « mort causée par un acte illégal ». Cet élément s’applique, évidemment, à la fois au meurtre et à l’homicide involontaire coupable. Le juge a ensuite lu des parties choisies de ses directives que le jury avait déjà par écrit.

Il n’incombe évidemment pas à l’appelant de trouver la raison pour laquelle le jury avait de la difficulté à faire la distinction entre les deux infractions. En l’espèce, voici tout simplement ce dont il s’agit. On a demandé au jury de déclarer l’appelant coupable soit de meurtre soit d’homicide involontaire coupable. Pour une raison quelconque, le jury désirait qu’on lui explique ce qu’est, en droit, un homicide involontaire coupable. La question portait sur un point important en litige et je ne vois aucune raison valable de priver le jury de cette explication.

[14] Il ressort du dossier que le juge du procès a choisi de ne pas préciser les éléments constitutifs de l’homicide involontaire coupable pour deux raisons : premièrement, parce que cela pouvait accroître le degré de confusion du jury (il a affirmé que, pour les profanes, cette notion [TRADUCTION] « n’est pas nécessairement une chose facile à comprendre »); deuxièmement, parce que les jurés auraient pu, à la suite de cette explication, acquitter l’accusé de l’infraction d’homicide involontaire coupable, contrairement à sa directive claire qui excluait ce verdict.

[15] En toute déférence, je suis d’accord avec le juge O'Brien pour dire que ces motifs de refuser l’aide demandée [TRADUCTION] « déprécie[nt] le rôle des jurés » (par. 89), dont le droit tient pour acquises la « sagesse et l’intelligence collectives » (*R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523,

the proposition that jurors can be confused, and deterred from doing their duty, by a clear explanation of the very law they are duty-bound to apply.

[16] Moreover, the trial judge could easily have satisfied the jury's request by adopting the model instructions for unlawful act manslaughter set out, for example, in D. Watt, *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions* (2005), at pp. 472-73, upon which the judge had relied in preparing other elements of his charge.

[17] Instead, the jury was left to reject the manslaughter alternative urged upon them by defence counsel without any instruction in law as to its constituent elements. Unwilling and unable to do so in good conscience, the jurors requested — but never received — the assistance of the trial judge to which they were by law entitled.

[18] The submissions and concessions by counsel did not displace the judge's obligation to explain the essential elements of every offence left open to the jury, to relate the main items of evidence to each of those elements — and to answer the jury's questions, if any, clearly and responsively. That was not done here.

[19] As O'Brien J.A. concluded (at paras. 89-90):

The jury had to determine if the facts in evidence established murder or manslaughter — one or the other. The responsibility lay with the trial judge to instruct on relevant matters of law. It cannot be said in circumstances such as these that knowledge of what constitutes manslaughter is not material. . . .

. . . The jury was entitled to make an informed decision through knowing beforehand what constituted each of the offences, so as to better distinguish between them.

par. 139). Je rejette l'argument voulant que les jurés puissent être désorientés et dissuadés d'accomplir leur tâche si on leur explique clairement la règle de droit qu'ils sont précisément tenus d'appliquer pour s'en acquitter.

[16] En outre, le juge du procès aurait pu facilement répondre à la demande du jury à l'aide du modèle de directives sur l'homicide involontaire coupable proposé, par exemple, dans D. Watt, *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions* (2005), p. 472-473, dont le juge s'est servi pour préparer d'autres éléments de son exposé.

[17] On a plutôt laissé les jurés rejeter le verdict d'homicide involontaire coupable que l'avocat de la défense les exhortait à rendre, sans leur donner quelque directive que ce soit sur le droit applicable quant aux éléments constitutifs de cette infraction. Ne voulant ni ne pouvant rendre ce verdict, en toute conscience, les jurés ont demandé — mais n'ont jamais reçu — l'aide du juge du procès, qu'ils étaient juridiquement en droit d'obtenir.

[18] Les observations et les concessions faites par les avocats ne libéraient pas le juge de son obligation d'expliquer les éléments essentiels de chacune des infractions entre lesquelles le jury devait faire un choix, de faire ressortir leur lien avec les principaux éléments de preuve et de donner des réponses claires et adéquates aux questions du jury, le cas échéant. Or, il ne l'a pas fait.

[19] Le juge O'Brien a conclu en disant ce qui suit, aux par. 89-90 :

[TRADUCTION] Le jury devait déterminer si les faits mis en preuve établissaient qu'il y avait eu meurtre ou homicide involontaire coupable — l'un ou l'autre. Le juge du procès avait la responsabilité de lui donner des directives sur les règles de droit pertinentes. On ne saurait affirmer, dans une situation comme celle-ci, que la connaissance de ce qui constitue un homicide involontaire coupable est sans importance. . .

. . . Le jury avait le droit de prendre une décision éclairée en sachant au préalable en quoi consistait chacune des infractions, afin de mieux les distinguer.



## III

[20] This appeal is before us as of right on the strength of O'Brien J.A.'s dissent in the Court of Appeal. For the reasons already mentioned, I agree with O'Brien J.A. that the trial judge's failure to define the elements of manslaughter amounted in itself to reversible error. I agree as well that the jury "should have been informed that the mental element of the offence, in this instance, required both the intentional application of force (which was admitted) and the objective foreseeability of the risk of bodily harm, which is neither trivial nor transitory, in the context of the dangerous act" (para. 92).

[21] In this light, two aspects of the judge's charge are of particular concern.

[22] First, the judge blurred the lines between murder and manslaughter by defining the bodily harm required for murder under s. 229(a)(ii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, as "any hurt or injury that interferes with health or comfort, and it has to be more than something that is just brief or fleeting or minor in nature". As O'Brien J.A. explains (at para. 86):

This quality of bodily harm relates to the offence of manslaughter, not murder, and may have caused some confusion for the jury and caused the jury members to diminish the intent required to establish murder. This is especially so as this erroneous part was repeated to the jury in response to its question.

[23] Second, in summarizing the position of the defence, the trial judge failed to draw the jury's attention to its most important component: that the appellant, because of his extensive consumption of alcohol and drugs during the hours preceding the incident, lacked the subjective foresight that distinguishes murder from manslaughter, as a matter of law. And yet, as the Crown quite properly acknowledges in its factum, one of the main issues in the case was "whether intoxication raised

## III

[20] C'est sur la dissidence du juge O'Brien en Cour d'appel que repose le présent appel de plein droit. Pour les motifs exposés dans les paragraphes qui précèdent, je partage l'opinion du juge O'Brien que l'omission du juge du procès de définir les éléments de l'homicide involontaire coupable équivalait en soi à une erreur justifiant l'annulation du verdict. J'estime aussi comme lui que le jury [TRADUCTION] « aurait dû être informé du fait que l'élément moral de l'infraction, en l'espèce, exigeait à la fois l'application intentionnelle de la force (qui a été admise) et la prévisibilité objective du risque de lésions corporelles, qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère, dans le contexte de l'acte dangereux » (par. 92).

[21] À cet égard, deux aspects de l'exposé du juge posent plus particulièrement problème.

[22] Premièrement, le juge a brouillé la distinction entre meurtre et homicide involontaire coupable en définissant les lésions corporelles exigées par le sous-al. 229a)(ii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, pour qu'il y ait meurtre comme [TRADUCTION] « toute blessure ou lésion qui nuit à la santé ou au bien-être corporel et dont l'effet n'est pas simplement éphémère ou mineur ». Le juge O'Brien explique, au par. 86 :

[TRADUCTION] Ce type de lésions corporelles a trait à l'homicide involontaire coupable et non au meurtre; il peut avoir semé une certaine confusion dans l'esprit des jurés et les avoir amenés à réduire l'intention requise pour qu'il soit établi qu'il y a eu meurtre. Cela est d'autant plus vrai que cette partie erronée des directives a été répétée au jury en réponse à sa question.

[23] Deuxièmement, en résumant la thèse de la défense, le juge du procès n'a pas attiré l'attention du jury sur son élément le plus important, soit le fait qu'en raison de son abondante consommation d'alcool et de drogues au cours des heures qui ont précédé l'incident, l'appelant n'avait pas prévu subjectivement la mort, élément qui, en droit, distingue le meurtre de l'homicide involontaire coupable. Pourtant, comme le ministère public le reconnaît dans son mémoire, l'une des principales questions

a doubt about the intent for murder” (R.F., at para. 1); and accordingly, in pre-charge discussions with the trial judge, “defence counsel agreed with the trial judge’s suggestio[n] that . . . the jury instruction should focus the jury on the real issues, intent and intoxication” (R.F., at para. 9). It is undisputed that a proper evidentiary basis for this submission had been adduced at trial.

## IV

[24] Finally, I derive no comfort from the trial judge’s invitation to the jury to formulate a further question if his response to the questions they had already asked did not assist them (paras. 94-95).

[25] The jury had already formulated their sole concern — the distinction between the two offences left open to them by the judge — in three different ways. The judge indicated to the jury that he had responded to their questions to the best of his ability “as constrained by the law”. However well intentioned, the judge’s invitation could not reasonably have encouraged the jury to formulate further questions on the same subject.

[26] The jurors can hardly be expected to have later asked, once again, for a definition of manslaughter, or for its essential elements. And even if they had, they would presumably have received the response already given which, in my respectful view, was plainly inadequate.

## V

[27] For all these reasons, and with great respect, I would allow the appeal, quash the conviction, and order a new trial.

*Appeal dismissed, McLACHLIN C.J. and DESCHAMPS and FISH JJ. dissenting.*

en litige en l’espèce était de savoir [TRADUCTION] « si l’intoxication suscitait un doute quant à l’intention de commettre un meurtre » (m.i., par. 1) et, par conséquent, lors des discussions avec le juge qui ont précédé ses directives au jury, « l’avocat de la défense a accepté l[a] suggestio[n] du juge du procès : [. . .] les directives au jury doivent être centrées sur les véritables questions en litige, soit l’intention et l’intoxication » (m.i., par. 9). Il est incontesté que des éléments de preuve pouvant étayer cette allégation ont été produits au procès.

## IV

[24] Enfin, le fait que le juge du procès a invité le jury à formuler une autre question si sa réponse aux questions qu’il avait déjà posées ne lui était d’aucune aide (par. 94-95) ne me rassure aucunement.

[25] Le jury avait déjà exprimé son unique préoccupation — comment distinguer les deux infractions entre lesquelles le juge leur demandait de faire un choix —, de trois façons différentes. Le juge a mentionné au jury qu’il avait répondu à ses questions du mieux que [TRADUCTION] « le permet la loi ». Si bien intentionnée qu’elle fût, l’invitation du juge ne pouvait pas raisonnablement encourager le jury à formuler d’autres questions sur le même sujet.

[26] On ne pouvait guère s’attendre à ce que les jurés demandent à nouveau au juge de définir l’homicide involontaire coupable ou d’en préciser les éléments essentiels. Et même s’ils l’avaient fait, ils auraient sans doute obtenu une réponse identique à celle qu’ils avaient déjà reçue et que j’estime, en toute déférence, nettement inadéquate.

## V

[27] Pour tous ces motifs, et avec les plus grands égards, je suis d’avis d’accueillir l’appel, d’annuler la condamnation et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

*Pourvoi rejeté, la juge en chef McLACHLIN et les juges DESCHAMPS et FISH sont dissidents.*

*Solicitors for the appellant: O'Brien Devlin  
MacLeod, Calgary.*

*Procureurs de l'appelant : O'Brien Devlin  
MacLeod, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General  
of Alberta, Calgary.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de  
l'Alberta, Calgary.*

**Farès Bou Malhab** *Appellant*

v.

**Diffusion Métromédia CMR inc. and André Arthur** *Respondents*

and

**Conseil National des Citoyens et Citoyennes d'origine Haïtienne, Canadian Broadcasting Corporation, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers' Association and Canadian Association of Journalists** *Intervenors*

**INDEXED AS: BOU MALHAB v. DIFFUSION MÉTROMÉDIA CMR INC.**

**2011 SCC 9**

File No.: 32931.

2009: December 15; 2011: February 17.

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

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

*Civil procedure — Class actions — Defamation — Action in defamation on behalf of group following racist comments made during radio show — Whether representative plaintiff must prove that each group member suffered personal injury — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1457.*

*Civil liability — Defamation — Injury — Objective standard of “ordinary person” — Action in defamation on behalf of group following racist comments made during radio show — Whether ordinary person would have found that the group members had sustained personal injury — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1457.*

Through a class action, M sought compensation for the injury allegedly suffered by the members of the group he represents as a result of racist comments

**Farès Bou Malhab** *Appelant*

c.

**Diffusion Métromédia CMR inc. et André Arthur** *Intimés*

et

**Conseil National des Citoyens et Citoyennes d'origine Haïtienne, Société Radio-Canada, Association canadienne des libertés civiles, Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers' Association et Association canadienne des journalistes** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : BOU MALHAB c. DIFFUSION MÉTROMÉDIA CMR INC.**

**2011 CSC 9**

N° du greffe : 32931.

2009 : 15 décembre; 2011 : 17 février.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Procédure civile — Recours collectif — Diffamation — Poursuite en diffamation au nom d'un groupe à la suite de propos racistes tenus lors d'une émission de radio — Le membre représentant doit-il prouver l'existence d'un préjudice personnel chez chacun des membres du groupe? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457.*

*Responsabilité civile — Diffamation — Préjudice — Norme objective du « citoyen ordinaire » — Poursuite en diffamation au nom d'un groupe à la suite de propos racistes tenus lors d'une émission de radio — Le citoyen ordinaire aurait-il conclu que les membres du groupe ont subi un préjudice personnel? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457.*

Dans le cadre d'un recours collectif, M a demandé réparation pour le préjudice que les membres du groupe qu'il représente alléguent avoir subi par suite de propos

made by A — a radio host known for his provocative remarks — concerning Montréal taxi drivers whose mother tongue is Arabic or Creole. While commenting on the taxi industry in Montréal, A made accusations of uncleanness, arrogance, incompetence, corruption and ignorance of official languages. The Superior Court allowed the class action and ordered that \$220,000 be paid to a non-profit organization. The judge was of the view that the comments were defamatory and wrongful, and that even if the evidence did not show that each member of the group had sustained a personal injury, the collective recovery mechanism could make up for this. A majority of the Court of Appeal set aside the judgment, finding that an ordinary person would not have believed the comments and would have thought that the offensive accusations had been diluted by the size of the group concerned.

*Held* (Abella J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Charron and Rothstein JJ.: The concept of defamation requires that the right to the protection of reputation be reconciled with the right to freedom of expression. In reconciling these two rights, the principles on which a free and democratic society is based must be respected, and the intersection point will change as society changes. In Quebec, actions in defamation are governed by the general principles of civil liability. An attack on a person's reputation can involve allegations of fact or merely offensive and insulting comments. The plaintiff is entitled to compensation if fault, injury and a causal connection are all present. Fault is determined by looking at the defendant's conduct, while injury is assessed by looking at the impact of that conduct on the victim, and a causal link is established where the decision maker finds that a connection exists between the fault and the injury.

Here, injury is the only question in issue. The type of injury that defines defamation is damage to reputation, which is assessed from the perspective of an ordinary person. Injury exists where an ordinary person believes that the remarks made, when viewed as a whole, brought discredit on the reputation of the victim. The ordinary person is the counterpart, for injury, of the reasonable person used to assess fault. While both concepts are objective, they are not one and the same. The conduct of the reasonable person establishes a standard of conduct whose violation constitutes a fault. The ordinary person, by contrast, is the embodiment of the society that receives the impugned comments. Although the

racistes tenus par A — un animateur radio connu pour ses remarques provocatrices — à l'endroit de chauffeurs de taxi montréalais de langue maternelle arabe et créole. En commentant l'industrie du taxi à Montréal, A a proféré des accusations de malpropreté, d'arrogance, d'incompétence, de corruption et de méconnaissance des langues officielles. La Cour supérieure a accueilli le recours et ordonné le paiement d'une somme de 220 000 \$ à un organisme sans but lucratif. Le juge a conclu que les propos étaient diffamatoires et fautifs, et que même si la preuve ne révélait pas que chacun des membres du groupe avait subi un préjudice personnel, le mécanisme du recouvrement collectif pouvait suppléer à cette lacune. La Cour d'appel, à la majorité, a infirmé le jugement. Elle a estimé que le citoyen ordinaire n'aurait pas accordé foi aux propos et aurait considéré que les imputations injurieuses s'étaient diluées dans la foule en raison de la taille du groupe visé.

*Arrêt* (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Charron et Rothstein : Le concept de diffamation exige de concilier le droit à la protection de la réputation avec celui de la liberté d'expression. Cette conciliation repose sur le respect des principes qui servent de fondement à une société libre et démocratique, et le point d'intersection varie suivant l'évolution de la société. Au Québec, les principes généraux de la responsabilité civile régissent le recours en diffamation. L'atteinte portée à la réputation d'une personne peut reposer sur des allégations de fait ou simplement sur des propos outrageants et injurieux. Le demandeur a droit à une indemnisation si une faute, un préjudice et un lien causal coexistent. La détermination de la faute suppose l'examen de la conduite de l'auteur de celle-ci; celle du préjudice requiert l'évaluation de l'incidence de cette conduite sur la victime et celle de la causalité exige que le décideur conclue à l'existence d'un lien entre la faute et le préjudice.

En l'espèce, seule la question du préjudice est en litige. Le préjudice qui définit la diffamation est l'atteinte à la réputation, qui est appréciée en se référant au point de vue du citoyen ordinaire. Le préjudice existe lorsque le citoyen ordinaire estime que les propos tenus, pris dans leur ensemble, ont déconsidéré la réputation de la victime. Le citoyen ordinaire est le pendant, pour le préjudice, de la personne raisonnable auquel le droit a recours pour l'évaluation de la faute. S'ils ont en commun leur caractère objectif, les deux concepts ne se confondent pas. Le comportement de la personne raisonnable exprime une norme de conduite dont la violation constitue une faute. Le citoyen ordinaire constitue

ordinary person reacts like a sensible person who, like the reasonable person, respects fundamental rights, care must be taken not to idealize the ordinary person and consider him or her to be impervious to all negligent, racist or discriminatory comments, as the effect of this would be to sterilize the action in defamation. In assessing injury, the judge considers the fact that the ordinary person has accepted that freedom of expression is protected and that exaggerated comments can be made in certain circumstances. However, the judge must also ask whether there is a decrease in the esteem that the ordinary person has for the victim.

Since the right to the protection of reputation, which is the basis for an action in defamation, is an individual right that is intrinsically attached to the person, only those who have suffered personal injury become entitled to compensation. The requirement of proof of a personal injury contributes to maintaining the balance between freedom of expression and the right to the protection of reputation, and also applies where the defamatory comments are made about a group. However, an individual will not be entitled to compensation solely because he or she is a member of a group about which offensive comments have been made. The member or members of the group who bring an action must have sustained personal injury. Even if the members of a group are indirectly covered by comments that mention the group, it will be necessary, in order to establish their right to compensation, that the members prove that they personally suffered damage to their reputations.

The requirement of proving the existence of the elements of fault, injury and causal connection in respect of each member of the group is not dispensed with in the context of a class action. The plaintiff must prove an injury shared by all members of the group so the court can infer that personal injury was sustained by each member. Proof of injury suffered by the group itself and not by its members will not in itself be enough to give rise to such an inference, but the plaintiff is not required to prove that each of the members sustained exactly the same injury. He or she must prove that an ordinary person would have believed that each of the persons personally sustained damage to his or her reputation. It is not until the existence of personal injury sustained by each member of the group has been proved that the judge will focus on assessing the extent of the injury and choosing the appropriate recovery method, whether individual or collective.

To determine whether personal injury has been sustained, the judge must analyse the impugned comments,

plutôt une incarnation de la société qui reçoit les propos litigieux. Bien que le citoyen ordinaire réagisse en personne sensée qui, tout comme la personne raisonnable, respecte les droits fondamentaux, il faut cependant se garder de l'idéaliser et de le considérer imperméable à tout propos négligeant, raciste ou discriminatoire, ce qui aurait pour effet de stériliser le recours en diffamation. Lorsqu'il évalue le préjudice, le juge tient compte du fait que le citoyen ordinaire a bien accepté la protection de la liberté d'expression et que, dans certaines circonstances, des propos exagérés peuvent être tenus, mais il doit aussi se demander si le citoyen ordinaire voit diminuer l'estime qu'il porte à la victime.

Puisque le droit à la protection de la réputation, sur lequel s'appuie le recours en diffamation, est un droit individuel qui est intrinsèquement rattaché à la personne, seule la personne ayant subi personnellement le préjudice voit naître en sa faveur le droit à la réparation. L'exigence de prouver un préjudice personnel contribue au maintien de l'équilibre entre la liberté d'expression et le droit à la protection de la réputation et s'applique tout autant lorsque les propos diffamatoires sont tenus à l'endroit d'un groupe. Toutefois, l'appartenance d'un individu à un groupe ayant fait l'objet de propos offensants est, en soi, insuffisant pour donner lieu à une indemnisation. Le ou les membres du groupe qui forment une demande en justice doivent avoir subi un préjudice personnel. Même si les membres d'un groupe sont visés indirectement par des propos qui portent sur le groupe, il faudra, pour établir leur droit à l'indemnisation, que les membres démontrent qu'ils ont subi une atteinte personnelle à leur réputation.

Le contexte du recours collectif n'écarte pas l'obligation d'établir l'existence des éléments de faute, de préjudice et de lien de causalité à l'endroit de chacun des membres. Le demandeur doit établir un préjudice que partagent tous les membres du groupe et qui permet au tribunal d'inférer un préjudice personnel chez chacun des membres. La preuve d'un préjudice subi par le groupe lui-même, et non par ses membres, est insuffisante, en soi, pour faire naître une telle inférence, mais le demandeur n'a pas à faire la preuve d'un préjudice identique subi par chacun des membres. Il doit démontrer qu'un citoyen ordinaire aurait cru que chaque personne a été victime personnellement d'une atteinte à sa réputation. Ce n'est qu'une fois prouvée l'existence d'un préjudice personnel chez chacun des membres du groupe que le recours collectif peut être accueilli et que le juge s'attarde à évaluer l'étendue du préjudice et à choisir le mode de recouvrement, individuel ou collectif, approprié.

Pour déterminer l'existence d'un préjudice personnel, le juge doit analyser les propos litigieux en tenant

taking into account all the circumstances in which they were made. The following non-exhaustive criteria may be relevant. Generally speaking, the larger the group, the more difficult it is to prove that personal injury has been sustained by its members. The more strictly organized and homogeneous the group, the easier it will be to establish that the injury is personal to each member. The imputing of a single characteristic to all members of a group that is highly heterogeneous would make an allegation of personal injury implausible. Where the group's members are identifiable or very visible in the community, it will be easier to prove that they sustained personal injury. The same is true where the offensive comments are made about a group that has historically been stigmatized. The plaintiff's status, duties, responsibilities or activities in the group can also make it easier to prove personal injury. The precision or generality of the allegations will also influence the analysis. The more general the allegations, the more difficult it will be to go behind the screen of the group. Similarly, where allegations apply to only one segment of a group, it will be more difficult for them to reflect personally on all members of the group. The seriousness of the comments can help prove personal injury, but in some circumstances, this will have the opposite effect: an ordinary person will see exaggeration or excessive generalization in the allegations and will give them less credence as a result. Generally speaking, a plausible or convincing allegation will capture the ordinary person's attention more and thus make it easier for that person to connect the allegation with each or some of the group's members personally. Finally, several other factors, related to the maker or target of the comments, the medium used and the general context, can cause comments that appear to be general to be attached to certain persons in particular and defame them personally.

Here, an ordinary person would not have believed that the wrongful, scornful and racist comments made by A damaged the reputation of each member of the group of taxi drivers working in Montréal whose mother tongue is Arabic or Creole. First of all, the relevant group is of considerable size (1,100 members). Furthermore, while the drivers share a language and a job and belong to two visible minorities, no one could reasonably believe that their common attributes extend to their personal knowledge of English and French, their knowledge of driving routes in the city of Montréal, their thoughtfulness with customers, their personal hygiene or the cleanliness of their vehicles. These characteristics could be attributed to such a heterogeneous group only by extrapolation and could only stem from an intolerance of immigrants

compte de l'ensemble des circonstances dans lesquelles ils s'insèrent. Les facteurs suivants, non exhaustifs, peuvent être pertinents. D'une manière générale, plus le groupe est grand, plus il est difficile de démontrer que ses membres ont subi un préjudice personnel. De même, plus le groupe est strictement organisé et homogène, plus il est facile d'établir que le préjudice est personnel à chacun des membres. L'imputation d'une caractéristique unique à tous les membres d'un groupe très hétérogène rend peu plausible une allégation de préjudice personnel. Lorsque les membres du groupe sont identifiables, la preuve d'un préjudice personnel sera facilitée en ce qui les concerne. Il en est de même lorsque les propos offensants sont tenus à l'égard d'un groupe historiquement stigmatisé. Le statut, les fonctions, les responsabilités ou les activités du demandeur au sein du groupe peuvent aussi faciliter la preuve d'un préjudice personnel. La précision des allégations ou, à l'inverse, leur caractère général influencent aussi l'analyse. Plus les allégations sont générales, plus il est difficile de traverser l'écran du groupe. De même, les allégations rejaillissent moins facilement sur tous les membres de manière personnelle lorsque seul un segment du groupe est visé. La gravité des propos peut servir à établir le préjudice personnel, mais en certaines circonstances, cela aura l'effet inverse et le citoyen ordinaire y verra une exagération ou une généralisation abusive à laquelle il y a lieu d'accorder peu de foi. De manière générale, une allégation plausible ou convaincante captera davantage l'attention du citoyen ordinaire, lui permettant plus facilement de faire le lien entre l'allégation et chacun ou certains des membres du groupe personnellement. Enfin, plusieurs autres facteurs, liés à l'auteur ou au récepteur des propos, au médium utilisé ou au contexte général, peuvent faire en sorte que des propos, en apparence généraux, puissent en fait être rattachés à certaines personnes en particulier et les diffamer personnellement.

En l'espèce, un citoyen ordinaire n'aurait pas cru que les propos fautifs et empreints de mépris et de racisme que A a tenus ont porté atteinte à la réputation de chacun des membres du groupe de chauffeurs de taxi œuvrant à Montréal et dont la langue maternelle est l'arabe ou le créole. D'abord, la collectivité visée est d'une taille considérable (1 100 membres). De plus, les chauffeurs partagent certes une langue et un emploi, en plus d'appartenir à deux minorités visibles, mais personne ne pouvait raisonnablement croire que les attributs qu'ils ont en commun s'étendent à leur connaissance individuelle des langues française et anglaise, à leur maîtrise des trajets routiers de la ville de Montréal, à leur délicatesse avec les clients ou aux soins qu'ils apportent à leur personne ou à leur véhicule. L'attribution de

in general. Finally, there is simply nothing rational about the suggestion that the drivers should be blamed for all the problems A said existed in the taxi industry in Montréal. The impugned comments were an extreme generalization by a known polemicist in the area where the show was broadcast, and had very little plausibility from the point of view of the ordinary person, who would have recognized that they were a generalization on the part of A, based on an unpleasant personal experience. This ordinary person would not have associated the allegations of ignorance, incompetence, uncleanness, arrogance and corruption with each taxi driver whose mother tongue is Arabic or Creole personally. In the absence of proof that a personal injury was sustained by the members of the group, the Superior Court should have dismissed the class action.

*Per Abella J. (dissenting):* To prove defamation under the *Civil Code of Québec*, a plaintiff must prove that the defendant committed a fault and that the plaintiff suffered an injury as a result. To prove injury, the plaintiff must show that the remarks are defamatory. The question is whether an ordinary person would believe that the remarks, when viewed as a whole, brought discredit to someone's reputation. Once this objective standard is met, injury is established.

The fact that comments are aimed at a group is not, in itself, reason to deny a claim. If the members of the group can show that the defamatory words were such as to impugn not only the group, but also the plaintiffs as individuals in that group, the claim can succeed. It is not only the size of the group which is relevant, it is also the extent to which the group is sufficiently defined or identified such that each person in the group can be said to be harmed.

Here, an ordinary person would conclude that the remarks were defamatory of the plaintiffs and therefore injurious. The talk show host accused Arab and Haitian taxi drivers of creating "Third World" public transportation in Montréal, of corruption, of incompetence and of keeping unsanitary cars. He said that neither Arab nor Haitian drivers knew their way around the city and that they could not communicate in either English or French. He denigrated Arab drivers as "fakirs" and the Creole language as "nigger". The remarks were blatantly racist, highly stigmatizing, and vilified members of vulnerable communities. While the group targeted was large, it was not so diffuse as to be indeterminate. The comments were aimed at a group of individuals

certaines caractéristiques à un groupe aussi hétérogène, ne pouvait relever que de l'extrapolation et de l'intolérance à l'endroit des immigrants en général. Enfin, la suggestion selon laquelle les chauffeurs devraient porter le blâme de tous les maux qui, selon A, affligent l'industrie du taxi à Montréal n'a tout simplement rien de rationnel. Les propos tenaient d'une généralisation outrancière par un polémiste connu de la région où était diffusée l'émission, et étaient peu vraisemblables du point de vue du citoyen ordinaire, qui aurait compris que A généralisait à partir d'une expérience personnelle déplaisante. Ce citoyen ordinaire n'aurait pas associé les allégations d'ignorance, d'incompétence, de malpropreté, d'arrogance et de corruption à chacun des chauffeurs de taxi de langue maternelle arabe ou créole individuellement. En l'absence de preuve de préjudice personnel subi par les membres du groupe, la Cour supérieure se devait de rejeter le recours collectif.

*La juge Abella (dissidente) :* Pour prouver la diffamation sous le régime du *Code civil du Québec*, le demandeur doit démontrer que le défendeur a commis une faute et que cette faute a causé un préjudice au demandeur. Pour faire la preuve d'un préjudice, le demandeur doit établir que les propos sont diffamatoires. Il faut donc se demander si un citoyen ordinaire estimerait que les propos, pris dans leur ensemble, ont déconsidéré la réputation d'un tiers. Si le demandeur satisfait à cette norme objective, le préjudice est établi.

Le fait que des propos visent un groupe ne justifie pas à lui seul le rejet d'une demande. Si les membres du groupe peuvent démontrer que les propos diffamatoires étaient de nature à affecter non seulement le groupe, mais également les demandeurs en qualité de membres du groupe, ils pourront avoir gain de cause. La taille du groupe n'est pas le seul facteur pertinent; il faut aussi que le groupe soit suffisamment défini ou identifié pour qu'il soit possible de dire que chaque membre du groupe a subi un préjudice.

En l'espèce, le citoyen ordinaire estimerait les propos diffamatoires, et donc préjudiciables à l'endroit des demandeurs. L'animateur radio tenait les chauffeurs de taxi arabes et haïtiens responsables de la tiersmondisation du transport public à Montréal et les accusait de corruption, d'incompétence et de malpropreté dans les taxis. Il a affirmé que les chauffeurs arabes et haïtiens ne connaissaient pas les rues de la ville et qu'ils étaient incapables de communiquer en anglais ou en français. Il a dénigré les Arabes en les taxant de « fakirs » et le créole en le traitant de « ti-nègre ». Ouvertement racistes, les propos stigmatisaient fortement et vilipendaient des membres de communautés vulnérables. Bien que le groupe visé fût large, il n'était pas vague au point d'être



who were of particular racial backgrounds in a particular industry and in a particular city. The group was defined with sufficient precision and the comments were specific enough to raise, objectively, the clear possibility not only of harm to reputation, but also of harmful economic consequences from customers.

### Cases Cited

By Deschamps J.

**Applied:** *Prud'homme v. Prud'homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663; *Gilles E. Néron Communication Marketing Inc. v. Chambre des notaires du Québec*, 2004 SCC 53, [2004] 3 S.C.R. 95; **referred to:** *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420; *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, [2001] 2 A.C. 127; *Jameel v. Wall Street Journal Europe Sprl*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359; *Theophanous v. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994), 124 A.L.R. 1; *Lange v. Australian Broadcasting Corp.* (1997), 189 C.L.R. 520; *Lange v. Atkinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 385; *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); BVerfGE 82, 272, June 26, 1990, *Stern-Strauß* case; BVerfGE 93, 266, October 10, 1995, *Soldiers are murderers* case; *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* (GC), No. 21980/93, ECHR 1999-III; *Colombani v. France*, No. 51279/99, ECHR 2002-V; Cass. ass. plén., July 12, 2000, *Bull. civ.*, No. 8; *de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392; *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 SCC 30, [2004] 1 S.C.R. 789; *Société Radio-Canada v. Radio Sept-Îles inc.*, [1994] R.J.Q. 1811; *Métromédia C.M.R. Montréal inc. v. Johnson*, 2006 QCCA 132, [2006] R.J.Q. 395; *Sim v. Stretch*, [1936] 2 All E.R. 1237; *Chohan v. Cadsky*, 2009 ABCA 334, 464 A.R. 57; *Color Your World Corp. v. Canadian Broadcasting Corp.* (1998), 38 O.R. (3d) 97, leave to appeal refused, [1998] 2 S.C.R. vii; *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3; *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1

indéterminé. Les propos visaient un groupe de personnes aux origines raciales précises, travaillant dans un secteur d'activités précis et dans une ville précise. Le groupe était assez bien défini et les déclarations assez précises pour risquer manifestement, d'un point de vue objectif, non seulement de nuire à la réputation, mais aussi d'entraîner des conséquences économiques préjudiciables relatives à la clientèle.

### Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

**Arrêts appliqués :** *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663; *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, 2004 CSC 53, [2004] 3 R.C.S. 95; **arrêts mentionnés :** *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420; *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640; *Reynolds c. Times Newspapers Ltd.*, [2001] 2 A.C. 127; *Jameel c. Wall Street Journal Europe Sprl*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359; *Theophanous c. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994), 124 A.L.R. 1; *Lange c. Australian Broadcasting Corp.* (1997), 189 C.L.R. 520; *Lange c. Atkinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 385; *New York Times Co. c. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); BVerfGE 82, 272, 26 juin 1990, affaire *Stern-Strauß*; BVerfGE 93, 266, 10 octobre 1995, affaire des *soldats assassins*; *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* (GC), n° 21980/93, CEDH 1999-III; *Colombani c. France*, n° 51279/99, CEDH 2002-V; Cass. ass. plén., 12 juillet 2000, *Bull. civ.*, n° 8; *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789; *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles inc.*, [1994] R.J.Q. 1811; *Métromédia C.M.R. Montréal inc. c. Johnson*, 2006 QCCA 132, [2006] R.J.Q. 395; *Sim c. Stretch*, [1936] 2 All E.R. 1237; *Chohan c. Cadsky*, 2009 ABCA 334, 464 A.R. 57; *Color Your World Corp. c. Canadian Broadcasting Corp.* (1998), 38 O.R. (3d) 97, autorisation d'appel refusée, [1998] 2 R.C.S. vii; *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3; *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067; *Ouellet*

S.C.R. 1067; *Ouellet v. Cloutier*, [1947] S.C.R. 521; *Hervieux-Payette v. Société Saint-Jean-Baptiste de Montréal*, [1998] R.J.Q. 131, rev'd 2002 CanLII 8266; *Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne v. Fondation du Théâtre du Nouveau-Monde*, [1979] C.A. 491; *Bouchard v. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349; *Cabay v. Fafard*, [1986] J.Q. n° 2823 (QL), aff'd [1988] J.Q. n° 1052 (QL); *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *Ortenberg v. Plamondon* (1915), 24 B.R. 69, 385; *Zhang v. Chau*, 2008 QCCA 961, [2008] R.R.A. 523, leave to appeal refused, [2008] 3 S.C.R. xi; *Raymond v. Abel*, [1946] C.S. 251; Cass. crim., January 29, 2008, *Bull. crim.*, No. 23; Cass. crim., December 6, 1994, Dr. pénal 1995, comm. 93, obs. M. Véron; Cass. crim., January 16, 1969, *Bull. crim.*, No. 35; Cass. crim., November 22, 1934, D.P. 1936.1.27, note M. Nast; *Knupffer v. London Express Newspaper, Ltd.*, [1944] A.C. 116; *Butler v. Southam Inc.*, 2001 NSCA 121, 197 N.S.R. (2d) 97; *Bai v. Sing Tao Daily Ltd.* (2003), 226 D.L.R. (4th) 477; *O'Brien v. Williamson Daily News*, 735 F. Supp. 218 (1990); *Neiman-Marcus v. Lait*, 13 F.R.D. 311 (1952); *Adams v. WFTV Inc.*, 24 Med. L. Rptr. 1350 (1995), aff'd 691 So.2d 557 (1997); *A.U.P.E. v. Edmonton Sun* (1986), 49 Alta. L.R. (2d) 141; *Gauthier v. Toronto Star Daily Newspapers Ltd.* (2004), 188 O.A.C. 211, leave to appeal refused, [2005] 1 S.C.R. ix; *McCullough v. Cities Service Co.*, 676 P.2d 833 (1984); *Fawcett Publications, Inc. v. Morris*, 377 P.2d 42 (1962); *Jackson v. TCN Channel 9*, [2001] NSWCA 108 (AustLII); *Trahan v. Imprimerie Gagné Ltée*, [1987] R.J.Q. 2417; *Booth v. British Columbia Television Broadcasting System* (1982), 139 D.L.R. (3d) 88; Cass. crim., May 26, 1987, *Bull. crim.*, No. 217; Cass. crim., September 16, 2003, *Bull. crim.*, No. 161; *Farrington v. Leigh*, Times Law Report, December 10, 1987; *Arcand v. Evening Call Publishing Co.*, 567 F.2d 1163 (1977); *Algarin v. Town of Walkkill*, 421 F.3d 137 (2005); *Gross v. Cantor*, 270 N.Y. 93 (1936); *Farrell v. Triangle Publications, Inc.*, 159 A.2d 734 (1960); *Eastwood v. Holmes* (1858), 1 F. & F. 347, 175 E.R. 758; *Association des policiers de Sherbrooke v. Delorme*, [1997] R.J.Q. 2826; *Sarrazin v. Duquette* (1935), 41 R. de J. 365; *Gauthier v. Toronto Star Daily Newspapers Ltd.* (2003), 228 D.L.R. (4th) 748.

By Abella J. (dissenting)

*Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; *Prud'homme v. Prud'homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663; *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Gilles E. Néron Communication*

*c. Cloutier*, [1947] R.C.S. 521; *Hervieux-Payette c. Société Saint-Jean-Baptiste de Montréal*, [1998] R.J.Q. 131, inf. par [2002] R.J.Q. 1669; *Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne c. Fondation du Théâtre du Nouveau-Monde*, [1979] C.A. 491; *Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349; *Cabay c. Fafard*, [1986] J.Q. n° 2823 (QL), conf. par [1988] J.Q. n° 1052 (QL); *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Ortenberg c. Plamondon* (1915), 24 B.R. 69, 385; *Zhang c. Chau*, 2008 QCCA 961, [2008] R.R.A. 523, autorisation d'appel refusée, [2008] 3 R.C.S. xi; *Raymond c. Abel*, [1946] C.S. 251; Cass. crim., 29 janvier 2008, *Bull. crim.*, n° 23; Cass. crim., 6 décembre 1994, Dr. pénal 1995, comm. 93, obs. M. Véron; Cass. crim., 16 janvier 1969, *Bull. crim.*, n° 35; Cass. crim., 22 novembre 1934, D.P. 1936.1.27, note M. Nast; *Knupffer c. London Express Newspaper, Ltd.*, [1944] A.C. 116; *Butler c. Southam Inc.*, 2001 NSCA 121, 197 N.S.R. (2d) 97; *Bai c. Sing Tao Daily Ltd.* (2003), 226 D.L.R. (4th) 477; *O'Brien c. Williamson Daily News*, 735 F. Supp. 218 (1990); *Neiman-Marcus c. Lait*, 13 F.R.D. 311 (1952); *Adams c. WFTV Inc.*, 24 Med. L. Rptr. 1350 (1995), conf. par 691 So.2d 557 (1997); *A.U.P.E. c. Edmonton Sun* (1986), 49 Alta. L.R. (2d) 141; *Gauthier c. Toronto Star Daily Newspapers Ltd.* (2004), 188 O.A.C. 211, autorisation d'appel refusée, [2005] 1 R.C.S. ix; *McCullough c. Cities Service Co.*, 676 P.2d 833 (1984); *Fawcett Publications, Inc. c. Morris*, 377 P.2d 42 (1962); *Jackson c. TCN Channel 9*, [2001] NSWCA 108 (AustLII); *Trahan c. Imprimerie Gagné Ltée*, [1987] R.J.Q. 2417; *Booth c. British Columbia Television Broadcasting System* (1982), 139 D.L.R. (3d) 88; Cass. crim., 26 mai 1987, *Bull. crim.*, n° 217; Cass. crim., 16 septembre 2003, *Bull. crim.*, n° 161; *Farrington c. Leigh*, Times Law Report, 10 décembre 1987; *Arcand c. Evening Call Publishing Co.*, 567 F.2d 1163 (1977); *Algarin c. Town of Walkkill*, 421 F.3d 137 (2005); *Gross c. Cantor*, 270 N.Y. 93 (1936); *Farrell c. Triangle Publications, Inc.*, 159 A.2d 734 (1960); *Eastwood c. Holmes* (1858), 1 F. & F. 347, 175 E.R. 758; *Association des policiers de Sherbrooke c. Delorme*, [1997] R.J.Q. 2826; *Sarrazin c. Duquette* (1935), 41 R. de J. 365; *Gauthier c. Toronto Star Daily Newspapers Ltd.* (2003), 228 D.L.R. (4th) 748.

Citée par la juge Abella (dissidente)

*Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640; *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663; *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Gilles E. Néron Communication Marketing*

*Marketing Inc. v. Chambre des notaires du Québec*, 2004 SCC 53, [2004] 3 S.C.R. 95; *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392; *Butler v. Southam Inc.*, 2001 NSCA 121, 197 N.S.R. (2d) 97; *Knupffer v. London Express Newspaper, Ltd.*, [1944] A.C. 116; *Ortenberg v. Plamondon* (1915), 24 B.R. 69, 385; *A.U.P.E. v. Edmonton Sun* (1986), 49 Alta. L.R. (2d) 141.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 2(b).  
*Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, ss. 3, 4, 49.  
*Civil Code* (France).  
*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 3, 35, 1457, 1607, 1611.  
*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, arts. 55, 56, para. 1, 59, 67, 1002, 1003, 1028, 1034, 1051.  
*Loi sur la presse* (France)

#### Treaties and Other International Instruments

*American Convention on Human Rights*, 1144 U.N.T.S. 123, arts. 11, 13(1), (2).  
*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221, art. 10  
*International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976, No. 47, art. 19.

#### Authors Cited

American Law Institute. *Restatement of the Law, Second: Torts 2d*, vol. 3. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1977.  
 Bissonnette, Christine. *La diffamation civile en droit québécois*. Mémoire de thèse. Université de Montréal. Montréal: 1983.  
 Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, 2nd ed., vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2010, release 2).  
 Buron, Denis. "Liberté d'expression et diffamation de collectivités: quand le droit à l'égalité s'exprime" (1988), 29 *C. de D.* 491.  
 Grellet-Dumazeau, Théodore. *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*. Paris: E. Leboyer, 1847.  
 Jourdain, Patrice. "Notion de faute: contenu commun à toutes les fautes", *Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances*, fasc. 120-1, n° 106. Paris: Éditions du Juris-Classeur/LexisNexis, 2002.  
 Mallet-Poujol, Nathalie. "Diffamations et injures", dans Bernard Beignier, Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer, dir., *Traité de droit de la presse et des médias*. Paris: Litec, 2009, 441.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Beauregard, Morissette and Bich

*inc. c. Chambre des notaires du Québec*, 2004 CSC 53, [2004] 3 R.C.S. 95; *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392; *Butler c. Southam Inc.*, 2001 NSCA 121, 197 N.S.R. (2d) 97; *Knupffer c. London Express Newspaper, Ltd.*, [1944] A.C. 116; *Ortenberg c. Plamondon* (1915), 24 B.R. 69, 385; *A.U.P.E. c. Edmonton Sun* (1986), 49 Alta. L.R. (2d) 141.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 2b).  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 4, 49.  
*Code civil* (France).  
*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3, 35, 1457, 1607, 1611.  
*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 55, 56, al. 1, 59, 67, 1002, 1003, 1028, 1034, 1051.  
*Loi sur la presse* (France).

#### Traités et autres instruments internationaux

*Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 1144 R.T.N.U. 123, art. 11, 13(1), (2).  
*Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221, art. 10.  
*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976, n° 47, art. 19.

#### Doctrine citée

American Law Institute. *Restatement of the Law, Second: Torts 2d*, vol. 3. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1977.  
 Bissonnette, Christine. *La diffamation civile en droit québécois*. Mémoire de thèse. Université de Montréal. Montréal: 1983.  
 Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, 2nd ed., vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2010, release 2).  
 Buron, Denis. « Liberté d'expression et diffamation de collectivités: quand le droit à l'égalité s'exprime » (1988), 29 *C. de D.* 491.  
 Grellet-Dumazeau, Théodore. *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*. Paris: E. Leboyer, 1847.  
 Jourdain, Patrice. « Notion de faute: contenu commun à toutes les fautes », *Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances*, fasc. 120-1, n° 106. Paris: Éditions du Juris-Classeur/LexisNexis, 2002.  
 Mallet-Poujol, Nathalie. « Diffamations et injures », dans Bernard Beignier, Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer, dir., *Traité de droit de la presse et des médias*. Paris: Litec, 2009, 441.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Beauregard, Morissette et

J.J.A.), 2008 QCCA 1938, [2008] R.J.Q. 2356, 60 C.C.L.T. (3d) 58, [2008] J.Q. n° 10048 (QL), 2008 CarswellQue 10002, allowing an appeal from a decision of Guibault J., 2006 QCCS 2124, [2006] R.J.Q. 1145, [2006] R.R.A. 435, 41 C.C.L.T. (3d) 190, [2006] Q.J. No. 3598 (QL), 2006 CarswellQue 14102. Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

*Jean El Masri and Éric Dugal*, for the appellant.

*David Stolow, Nicholas Rodrigo and Marie-Ève Gingras*, for the respondents.

*Stefan Martin and Mélisa Thibault*, for the intervenor Conseil National des Citoyens et Citoyennes d'origine Haïtienne.

*Guy J. Pratte and Jean-Pierre Michaud*, for the intervenor the Canadian Broadcasting Corporation.

*Christian Leblanc et Marc-André Nadon*, for the intervenor the Canadian Civil Liberties Association.

*Ryder Gilliland*, for the intervenors the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers' Association and the Canadian Association of Journalists.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Charron and Rothstein JJ. delivered by

[1] DESCHAMPS J. — The law of defamation is a tool for protecting personal reputations. The law keeps pace with changes in society and with the importance attached by society to freedom of expression. In Quebec, actions in defamation are governed by the general principles of civil liability. The flexibility of those principles makes it possible to address society's growing concerns about freedom of expression. In two recent cases, this Court considered the impact of freedom of expression on the element of "fault" in civil liability: *Prud'homme v. Prud'homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663, at paras. 38-45; *Gilles E. Néron Communication Marketing Inc. v. Chambre des notaires du Québec*, 2004 SCC 53, [2004] 3 S.C.R. 95, at paras. 48-51 and 54-55. In this appeal, it is the element of "injury" that must be examined

Bich), 2008 QCCA 1938, [2008] R.J.Q. 2356, 60 C.C.L.T. (3d) 58, [2008] J.Q. n° 10048 (QL), 2008 CarswellQue 10002, qui a accueilli l'appel d'une décision du juge Guibault, 2006 QCCS 2124, [2006] R.J.Q. 1145, [2006] R.R.A. 435, 41 C.C.L.T. (3d) 190, [2006] J.Q. n° 3598 (QL), 2006 CarswellQue 3426. Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

*Jean El Masri et Éric Dugal*, pour l'appellant.

*David Stolow, Nicholas Rodrigo et Marie-Ève Gingras*, pour les intimés.

*Stefan Martin et Mélisa Thibault*, pour l'intervenant le Conseil National des Citoyens et Citoyennes d'origine Haïtienne.

*Guy J. Pratte et Jean-Pierre Michaud*, pour l'intervenante la Société Radio-Canada.

*Christian Leblanc et Marc-André Nadon*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Ryder Gilliland*, pour les intervenantes l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers' Association et l'Association canadienne des journalistes.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Charron et Rothstein a été rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Le droit de la diffamation constitue un outil de protection de la réputation personnelle. Ce droit évolue au diapason de la société et en fonction de l'importance qu'elle accorde à la liberté d'expression. Au Québec, ce sont les principes généraux de la responsabilité civile qui régissent le recours en diffamation. Compte tenu de leur flexibilité, ils permettent de répondre aux préoccupations croissantes de la société à l'égard de la liberté d'expression. Dans deux affaires récentes, notre Cour a considéré l'incidence de la liberté d'expression sur l'élément « faute » de la responsabilité civile : *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 38-45; *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, 2004 CSC 53, [2004] 3 R.C.S. 95, par. 48-51 et 54-55. Dans le présent

in light of freedom of expression. The Court must examine the factors to consider when determining whether racist comments made about a group can cause a compensable injury.

[2] Through a class action, the appellant sought compensation for the injury allegedly suffered by the members of the group as a result of racist comments made by a radio host concerning Montréal taxi drivers whose mother tongue is Arabic or Creole. The respondents argued, successfully in the Court of Appeal, that the members had not been personally affected and cannot be compensated. I find that there was no personal injury in this case and that the rules of civil liability accordingly do not authorize compensation. I would therefore dismiss the appeal.

### I. Facts

[3] On November 17, 1998, André Arthur — a host known for his provocative remarks — was hosting the morning show on the CKVL radio station, which is operated by the respondent Diffusion Métromédia CMR inc. One topic during the show was whether Quebeckers were satisfied with restaurants and hotels, particularly in Montréal. While his co-host was getting ready to present the results of a survey on that topic, Mr. Arthur made, *inter alia*, the following comments about the taxi industry in Montréal:

[TRANSLATION] Why is it that there are so many incompetent people and that the language of work is Creole or Arabic in a city that's French and English? . . . I'm not very good at speaking "nigger". . . [T]axis have really become the Third World of public transportation in Montreal. . . [M]y suspicion is that the exams, well, they can be bought. You can't have such incompetent people driving taxis, people who know so little about the city, and think that they took actual exams. . . Taxi drivers in Montreal are really arrogant, especially the Arabs. They're often rude, you can't be sure at all that they're competent and their cars don't look well maintained.

pourvoi, c'est plutôt l'élément « préjudice » qui doit être examiné au regard de la liberté d'expression. En l'espèce, il s'agit d'examiner les facteurs à considérer pour conclure que des propos racistes tenus à l'endroit d'un groupe peuvent engendrer un préjudice indemnisable.

[2] Dans le cadre d'un recours collectif, l'appelant a demandé réparation pour le préjudice que les membres du groupe allèguent avoir subi par suite de propos racistes tenus par un animateur radio à l'endroit de chauffeurs de taxi montréalais de langue maternelle arabe et créole. Pour leur part, les intimés ont plaidé, avec succès devant la Cour d'appel, que les membres n'avaient pas été touchés personnellement et ne peuvent pas être indemnisés. Je conclus qu'il y a absence de préjudice personnel en l'espèce et que, par conséquent, les règles de la responsabilité civile n'autorisent pas l'indemnisation. Je suis donc d'avis de rejeter l'appel.

### I. Faits

[3] Le 17 novembre 1998, M. André Arthur — un animateur connu pour ses remarques provocatrices — animait l'émission matinale diffusée sur les ondes de la station radio CKVL, exploitée par l'intimée Diffusion Métromédia CMR inc. Une portion de l'émission portait sur la satisfaction des Québécois à l'égard des restaurants et hôtels, particulièrement à Montréal. Alors que son coanimateur s'appêtait à présenter les résultats d'une enquête sur le sujet, M. Arthur a fait, notamment, les commentaires suivants au sujet de l'industrie du taxi à Montréal :

Comment ça se fait qu'il y ait tant d'incompétents puis que la langue de travail c'est le créole puis l'arabe dans une ville qui est française et anglaise? [ . . ] [M]oi, je ne suis pas bien bon à parler « ti-nègre ». [ . . ] Le taxi est devenu vraiment le [ . . ] le [ . . ] le Tiers Monde du transport en commun à Montréal. [ . . ] Moi, mon [ . . ] mon doute, c'est que les examens, bien, ils s'achètent. Tu ne peux pas avoir des gens aussi incompétents sur le taxi, des gens aussi ignorants de la ville, et croire que ces gens-là ont passé des vrais examens. [ . . ] Ils sont arrogants, les taxis de Montréal, en particulier les Arabes, sont arrogants, ils sont très souvent grossiers. On est pas du tout certain qu'ils sont compétents et les voitures n'ont pas l'air bien entretenues.

[4] As well, Mr. Arthur tolerated and even encouraged similar remarks made by a listener who phoned in and who said she was a taxi driver.

[5] The appellant, Mr. Bou Malhab, is a taxi driver whose mother tongue is Arabic. He applied to the Superior Court for authorization to institute a class action against the respondents.

## II. Judicial History

### A. *Judgments on the Application for Authorization to Institute the Class Action*

[6] Marcelin J. of the Superior Court dismissed the application for authorization to institute the class action (SOQUIJ AZ-01021767). Because of the large size of the group covered by Mr. Arthur's comments, she was of the opinion that it would be impossible to prove a causal connection between those comments and injury sustained by each member of the group personally. She also found that, even if the group had been small enough for the members' reputations to have been personally damaged, the members should have used the procedure for joinder of actions (arts. 59 and 67 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("C.C.P.")) rather than the class action mechanism.

[7] The Court of Appeal set aside that decision and authorized the appellant to institute the class action on behalf of [TRANSLATION] "[e]very person who had a taxi driver's licence in the region of the Island of Montréal on November 17, 1998 . . . and whose mother tongue is Arabic or Creole" ([2003] R.J.Q. 1011, at para. 8). Rayle J.A., writing for a unanimous court, first found that there was a colour of right. While she agreed with the Superior Court that the size of the group covered by wrongful comments might make it difficult to establish individual injury, she found that it would be up to the court to determine [TRANSLATION] "the extent to which the size of the group in question limits or eliminates the individual nature of the damage to reputation, having regard to the nature of the comments made and the circumstances in which

[4] De plus, dans le cadre d'une tribune téléphonique, M. Arthur a toléré, voire encouragé, des propos de même nature tenus par une auditrice se présentant comme une chauffeuse de taxi.

[5] L'appelant, M. Bou Malhab, est chauffeur de taxi de langue maternelle arabe. Il s'est adressé à la Cour supérieure afin d'être autorisé à exercer un recours collectif contre les intimés.

## II. Historique des procédures judiciaires

### A. *Jugements sur la demande d'autorisation d'exercer le recours collectif*

[6] La juge Marcelin de la Cour supérieure rejette la demande d'autorisation d'exercer le recours collectif (SOQUIJ AZ-01021767). Vu la taille considérable du groupe visé par les propos de M. Arthur, la juge estime qu'il sera impossible de prouver un lien de causalité entre ces propos et un préjudice subi par chaque membre du groupe personnellement. Elle considère aussi que, même si le groupe avait été suffisamment restreint pour qu'il puisse exister une atteinte personnelle à la réputation, les membres du groupe auraient dû utiliser la procédure de jonction ou de réunion d'actions (art. 59 et 67 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« C.p.c. »)), plutôt que le mécanisme du recours collectif.

[7] La Cour d'appel infirme cette décision et autorise l'exercice du recours collectif pour « [t]oute personne qui, le 17 novembre 1998, était titulaire d'un permis de chauffeur de taxi, dans la région de l'île de Montréal [. . .] et dont la langue maternelle est l'arabe ou le créole » ([2003] R.J.Q. 1011, par. 8). Dans un premier temps, la juge Rayle, qui rédige l'arrêt unanime de la Cour d'appel, estime qu'il existe une apparence de droit. Si elle est d'accord avec la Cour supérieure pour dire que la taille d'un groupe visé par des propos fautifs peut rendre la preuve d'un préjudice individualisé difficile, elle juge néanmoins qu'il appartiendra au tribunal de déterminer « dans quelle mesure le caractère individuel de l'atteinte à la réputation est réduit ou même anéanti par la taille de la collectivité visée en prenant en compte la nature des propos tenus

the defamation occurred” (para. 51). Second, she acknowledged that moral damages are difficult to assess in a class action context, but she refused to see this as precluding such an action at the outset and suggested that an order to pay damages to a charity could be a way to get around this problem. The matter was referred back to the Superior Court for a hearing on the merits.

#### B. *Judgments on the Merits of the Class Action*

[8] Guibault J. of the Superior Court was of the view that Mr. Arthur’s comments were defamatory and wrongful (2006 QCCS 2124, [2006] R.J.Q. 1145). On the issue of the injury sustained, he noted that only a taxi driver who had heard the impugned comments could claim compensation. The evidence showed that, at most, about 20 of the drivers concerned had listened to the show on November 17, 1998. Guibault J. was therefore of the opinion that the evidence did not show that each member of the group had sustained a personal injury. However, since he considered himself bound by the Court of Appeal’s decision on the application for authorization, he made up for this by using the collective recovery mechanism (arts. 1028 and 1034 *C.C.P.*). He allowed the class action with costs and ordered the respondents solidarily to pay \$220,000 to the Association professionnelle des chauffeurs de taxi, a non-profit organization. He dismissed the claim for punitive damages and refused to consider awarding damages in lieu of compensation for the appellant’s extrajudicial fees. His judgment was appealed.

[9] The Court of Appeal set aside the trial judgment (2008 QCCA 1938, [2008] R.J.Q. 2356). Bich J.A., who wrote the majority’s reasons, began by pointing out that the existence of a fault was no longer contested and that Mr. Arthur and Diffusion Métromédia CMR inc. were instead disputing the existence of personal injury. She noted that an action in defamation presupposes [TRANSLATION] “injury that is individual and personal, in other

et les circonstances dans lesquelles la diffamation est survenue » (par. 51). Dans un deuxième temps, elle reconnaît que l’appréciation des dommages moraux est difficile à faire dans le contexte d’un recours collectif, mais refuse toutefois d’y voir un obstacle s’opposant d’entrée de jeu à l’exercice d’un tel recours et suggère qu’une condamnation à verser des dommages-intérêts à une société caritative pourrait permettre de contourner cette difficulté. L’affaire est renvoyée à la Cour supérieure pour audition sur le fond.

#### B. *Jugements sur le fond du recours collectif*

[8] Le juge Guibault de la Cour supérieure est d’avis que les propos de M. Arthur étaient diffamatoires et fautifs (2006 QCCS 2124, [2006] R.J.Q. 1145). S’interrogeant sur le préjudice subi, il note qu’un chauffeur de taxi ne peut prétendre à une indemnisation que s’il a entendu les propos litigieux. Or, la preuve établit que tout au plus une vingtaine des chauffeurs concernés ont écouté l’émission du 17 novembre 1998. En conséquence, le juge Guibault estime que la preuve ne révèle pas que chacun des membres du groupe a subi un préjudice personnel. Se sentant toutefois lié par la décision de la Cour d’appel sur la demande d’autorisation, il supplée à cette lacune en utilisant le mécanisme du recouvrement collectif (art. 1028 et 1034 *C.p.c.*). Il accueille le recours collectif avec dépens et condamne solidairement les intimés à payer la somme de 220 000 \$ à l’Association professionnelle des chauffeurs de taxi, un organisme sans but lucratif. Le juge rejette la demande de dommages-intérêts punitifs et refuse de considérer l’octroi de dommages-intérêts pour tenir lieu d’indemnisation des honoraires extrajudiciaires de l’appelant. Son jugement est porté en appel.

[9] La Cour d’appel infirme le jugement de première instance (2008 QCCA 1938, [2008] R.J.Q. 2356). La juge Bich, qui rédige les motifs de la majorité, constate tout d’abord que l’existence d’une faute n’est plus contestée et que M. Arthur et Diffusion Métromédia CMR inc. s’en prennent plutôt à l’existence d’un préjudice personnel. La juge souligne que l’action en diffamation suppose un « préjudice individualisé et personnel,

words, specific and particularized, commensurate with the attack, which is also specific and particularized” (para. 44). The existence of such injury is determined using an objective test, namely the ordinary person test. According to the judge, three situations are possible where the impugned comments are made about a group: (1) the group is large and the comments become lost in the crowd; (2) certain members of the group are named or can easily be identified; or (3) the group is small enough for the members to be personally affected. There is a right to compensation only in the latter two cases. Bich J.A. found that this case was of the first type. She found that an ordinary person would not have believed Mr. Arthur’s comments and would have thought that the offensive accusations had been diluted by the size of the group concerned, leaving intact the personal reputation and dignity of the drivers in question. She noted that broadening the concept of defamation by ignoring the need to establish the existence of a personal injury would weaken freedom of expression in an unacceptable manner.

[10] In dissenting reasons, Beauregard J.A. proposed a series of factors for assessing the personal nature of the injury. Applying them to this situation, he concluded that the drivers had sustained an injury for which compensatory damages could be awarded. He would have dismissed the principal appeal but would have allowed the incidental appeal and confirmed the fee agreement between the appellant and his counsel so that those fees might be paid out of the damages.

### III. Positions of the Parties

[11] Mr. Bou Malhab argues that, because of the serious nature of Mr. Arthur’s conduct, the limited size of the group and the identification of the victims through their origins and occupation, the victims were individualized enough for compensable injury to have resulted from Mr. Arthur’s comments. As regards the requirement that each member of the group sustain a personal injury, the court does not have to consider this until it determines the compensation due to individual members, that is, after

c’est-à-dire particulier et particularisé, à la mesure de l’attaque, elle aussi particulière et particularisée » (par. 44). L’existence de ce préjudice se vérifie à l’aide d’un critère objectif, celui du citoyen ordinaire. En cas de propos litigieux tenus à l’endroit d’un groupe, trois situations sont possibles selon la juge : (1) le groupe est large et les propos se perdent dans la foule; (2) certains membres du groupe sont désignés ou facilement identifiables; (3) le groupe est assez restreint pour que les membres soient atteints personnellement. Il n’y a droit à indemnisation que dans les deux derniers cas de figure. La juge Bich considère que l’espèce appartient à la première catégorie. En effet, elle estime que le citoyen ordinaire n’accorderait pas foi aux propos de M. Arthur et considérerait que les imputations injurieuses se sont diluées dans la foule, en raison de la taille du groupe visé, laissant intactes la réputation et la dignité personnelles des chauffeurs concernés. Elle souligne qu’élargir le concept de la diffamation en faisant fi de la nécessité d’établir l’existence d’un préjudice personnel étierait la liberté d’expression d’une manière inacceptable.

[10] Dans des motifs dissidents, le juge Beauregard propose une série de facteurs qui permettent d’évaluer le caractère personnel du préjudice. Les appliquant à la présente situation, il conclut que les chauffeurs ont subi un préjudice justifiant l’octroi de dommages-intérêts compensatoires. Il aurait rejeté l’appel principal, mais accueilli l’appel incident et homologué la convention d’honoraires entre l’appelant et son avocat afin que ces honoraires soient payés à même les dommages-intérêts.

### III. Thèses des parties

[11] Monsieur Bou Malhab prétend que, vu la gravité du comportement de M. Arthur, la taille restreinte du groupe et l’identification des victimes par leur origine et leur métier, les victimes étaient suffisamment individualisées pour que les propos aient causé un préjudice indemnifiable. Quant à l’exigence que chacun des membres du groupe ait subi un préjudice personnel, elle ne devrait être considérée que lors de la détermination de l’indemnité sur une base individuelle, soit après



the respondents are found liable to the group. The appellant also requests that punitive damages be awarded and that his fee agreement be confirmed.

[12] The respondents for their part argue that the action can succeed only if Mr. Arthur's comments were specially directed at each of the drivers and if each of them sustained an injury that was direct, personal and separate from the injury suffered by the group. The respondents submit that these conditions are not met in this case.

#### IV. Issues

[13] The appellants raise issues relating to compensatory damages, punitive damages and the fee agreement. In light of my answer on the first issue, it will not be necessary to deal with the other two. The issue that is determinative of this appeal can therefore be stated as follows:

Can racist or discriminatory comments made about a group of individuals form the basis for an action in damages for defamation and, if so, on what conditions?

#### V. Analysis

[14] I will begin by considering the concept of defamation in Quebec civil law. I will then look at its specific characteristics where the allegedly defamatory comments were made about a group. Finally, I will apply these rules to the facts of this appeal.

##### A. *Defamation in the Civil Law*

###### (1) Development of the Law of Defamation

[15] Roman law sanctioned the use of the term *injuria*, which referred to anything said or done to offend someone. That concept was adopted by old French law, which gradually limited its scope to causing offence through speech or writing. France subsequently chose to pass special legislation concerning the delict of injury and distinguished it from defamation. The latter necessarily involved

la reconnaissance de la responsabilité des intimés à l'égard du groupe. L'appelant demande aussi que des dommages-intérêts punitifs soient ordonnés et que sa convention d'honoraires soit homologuée.

[12] Pour leur part, les intimés plaident que l'action ne saurait réussir que si chacun des chauffeurs était spécialement visé par les propos de M. Arthur et si chacun a subi un préjudice direct, personnel et indépendant de celui subi par le groupe. Les intimés soutiennent que ces conditions ne sont pas satisfaites en l'espèce.

#### IV. Questions en litige

[13] Les appellants soulèvent des questions qui concernent les dommages-intérêts compensatoires, les dommages-intérêts punitifs et la convention d'honoraires. Compte tenu de ma réponse à la première question, il ne sera pas nécessaire de traiter des deux autres. La question déterminante pour l'issue du présent pourvoi peut donc être formulée ainsi :

Des propos racistes ou discriminatoires tenus à l'endroit d'un groupe d'individus peuvent-ils donner lieu à un recours en dommages-intérêts pour diffamation et, dans l'affirmative, à quelles conditions?

#### V. Analyse

[14] Je me pencherai tout d'abord sur le concept de diffamation en droit civil québécois. J'examinerai ensuite ses particularités lorsque les propos prétendument diffamatoires ont été tenus à l'endroit d'un groupe. Finalement, j'appliquerai ces règles aux faits du présent pourvoi.

##### A. *La diffamation en droit civil*

###### (1) Évolution du droit de la diffamation

[15] Le droit romain consacrait l'utilisation du terme « injure », qui englobait tout ce qui est dit ou fait en vue d'offenser quelqu'un. Cette notion d'injure a été reprise par l'ancien droit français, qui a graduellement limité sa portée à l'offense par la parole et l'écrit. La France a par la suite choisi de légiférer sur ce délit par des lois spéciales et a distingué la diffamation de l'injure. La première

an allegation or imputation of fact interfering with honour, while the former referred to an offensive expression, term of contempt or insult. This distinction was not retained in Quebec, where the term defamation was chosen to refer to the injury of old French law (T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage* (1847), vol. 1, at pp. 1-10; C. Bissonnette, *La diffamation civile en droit québécois*, mémoire de maîtrise, Université de Montréal (1983), at pp. 11-14). In Quebec civil law, an attack on a person's reputation can involve allegations of fact or merely offensive and insulting comments. In Quebec civil law, it does not matter whether the assertions are made in writing, orally or through images or gestures or whether they attack another person's reputation directly or by intimation or innuendo.

[16] The concept of defamation requires that the right to the protection of reputation be reconciled with the right to freedom of expression, since that which belongs to the former is generally taken away from the latter. Several international agreements reflect this need to strike a balance between the two rights. For example, the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976, No. 47, Art. 19(2) and (3), to which Canada is a party, makes the exercise of the right to freedom of expression subject to respect for the reputation of others. Similar guarantees are found in the *American Convention on Human Rights*, 1144 U.N.T.S. 123, Arts. 11, 13(1) and (2), and the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221, Art. 10, both of which have been widely ratified.

[17] Freedom of expression is protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 2(b), and the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 3 ("*Quebec Charter*"). It is one of the pillars of modern democracy. It allows individuals to become emancipated, creative and informed, it encourages the circulation of new ideas, it allows for criticism of government action and it favours the emergence of truth (*Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 2, [2011] 1

comporte nécessairement l'allégation ou l'imputation d'un fait portant atteinte à l'honneur, alors que la seconde constitue une expression outrageante, terme de mépris ou invective. Cette distinction n'a pas été reprise au Québec, où le terme diffamation a été retenu pour désigner l'injure de l'ancien droit français (T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage* (1847), vol. 1, p. 1-10; C. Bissonnette, *La diffamation civile en droit québécois*, mémoire de maîtrise, Université de Montréal (1983), p. 11-14). En droit civil québécois, l'atteinte portée à la réputation d'une personne peut reposer sur des allégations de fait ou simplement sur des propos outrageants et injurieux. Le droit civil québécois ne se soucie pas que les assertions prennent la forme d'écrits, de paroles, d'images ou de gestes, ni qu'elles s'attaquent directement à la réputation d'autrui ou qu'elles y attentent par allusion ou insinuation.

[16] Le concept de diffamation exige de concilier le droit à la protection de la réputation avec celui de la liberté d'expression, puisque ce qui appartient au premier est généralement retiré du second. Plusieurs conventions internationales font écho à ce besoin d'équilibre entre les deux droits. Par exemple, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976, n° 47, art. 19(2) et (3), auquel le Canada est partie, assujettit l'exercice du droit à la liberté d'expression au respect de la réputation d'autrui. La *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 1144 R.T.N.U. 123, art. 11, 13(1) et (2), ainsi que la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221, art. 10, toutes deux largement ratifiées, contiennent des garanties similaires.

[17] La liberté d'expression est protégée par la *Charte canadienne des droits et libertés*, al. 2b), et par la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 3 (« *Charte québécoise* »). Elle constitue un des piliers des démocraties modernes. Elle permet aux individus de s'émanciper, de créer et de s'informer, elle encourage la circulation d'idées nouvelles, elle autorise la critique de l'action étatique et favorise l'émergence de la vérité (*Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*,

S.C.R. 19). Freedom of expression is essential in ensuring that social, economic and political decisions reflect the aspirations of the members of society. It is broad in scope and protects well-prepared speech and wrath-provoking comments alike (*R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452). However, it is not absolute and can be limited by other rights in a democratic society, including the right to protection of reputation (*Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at paras. 102-6; *Prud'homme*, at para. 43; *Néron*, at para. 52).

[18] The right to the safeguard of reputation is guaranteed by the *Quebec Charter* (s. 4) and the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 3 and 35. Since good reputation is related to dignity (*Hill*, at paras. 120-21), it is also tied to the rights protected by the *Canadian Charter*. Reputation is a fundamental feature of personality that makes it possible for an individual to develop in society. It is therefore essential to do everything possible to safeguard a person's reputation, since a tarnished reputation can seldom regain its former lustre (*Hill*, at para. 108).

[19] Of course, there is no precise measuring instrument that can determine the point at which a balance is struck between the protection of reputation and freedom of expression. In reconciling these two rights, the principles on which a free and democratic society is based must be respected. The intersection point will change as society changes. What was an acceptable limit on freedom of expression in the 19th century may no longer be acceptable today. Indeed, particularly in recent decades, the law of defamation has evolved to provide more adequate protection for freedom of expression on matters of public interest. In the common law, for example, this Court has reassessed the defence of fair comment (*WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420, at paras. 49 *et seq.*) and recognized the existence of a defence of responsible communication on matters of public interest (*Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640).

2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19). La liberté d'expression est essentielle pour que les décisions à caractère social, économique et politique reflètent les aspirations des membres de la société. Elle possède une portée étendue et protège tout autant les propos recherchés que les remarques qui provoquent l'ire (*R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452). Elle n'est toutefois pas absolue et peut être limitée par d'autres droits propres à une société démocratique, dont le droit à la protection de la réputation (*Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 102-106; *Prud'homme*, par. 43; *Néron*, par. 52).

[18] Le droit à la sauvegarde de la réputation est garanti par la *Charte québécoise* (art. 4) et le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3 et 35. Parce qu'elle participe de la dignité (*Hill*, par. 120-121), la bonne réputation est aussi liée aux droits protégés par la *Charte canadienne*. La réputation constitue un attribut fondamental de la personnalité, qui permet à un individu de s'épanouir dans la société. Il est donc essentiel de la sauvegarder chèrement, car une fois ternie, une réputation peut rarement retrouver son lustre antérieur (*Hill*, par. 108).

[19] Bien entendu, il n'existe pas d'instrument de mesure précis pour déterminer le point d'équilibre entre la protection de la réputation et la liberté d'expression. La conciliation de ces deux droits reposera sur le respect des principes qui servent de fondement à une société libre et démocratique. Le point d'intersection varie suivant l'évolution de la société. Ce qui était une limite acceptable à la liberté d'expression au 19<sup>e</sup> siècle peut ne plus l'être aujourd'hui. D'ailleurs, au cours des dernières décennies particulièrement, on observe une évolution du droit de la diffamation afin de protéger plus adéquatement la liberté d'expression à l'égard des questions touchant l'intérêt public. En common law par exemple, notre Cour a réévalué la défense du commentaire loyal (*WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420, par. 49 *et suiv.*) et reconnu l'existence d'une défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public (*Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640).

[20] The Canadian approach is part of a trend that can be observed in many democracies, including England (*Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, [2001] 2 A.C. 127 (H.L.); *Jameel v. Wall Street Journal Europe Sprl*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359), Australia (*Theophanous v. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994), 124 A.L.R. 1 (H.C.); *Lange v. Australian Broadcasting Corp.* (1997), 189 C.L.R. 520 (H.C.)), New Zealand (*Lange v. Atkinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 385 (C.A.)), the United States (*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)) and Germany (BVerfGE 82, 272, June 26, 1990, *Stern-Strauß* case; BVerfGE 93, 266, October 10, 1995, *Soldiers are murderers* case). This phenomenon can also be seen in the decisions of the European Court of Human Rights (*Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* (GC), No. 21980/93, ECHR 1999-III; *Colombani v. France*, No. 51279/99, ECHR 2002-V). In France, while freedom of expression has been protected by passing a special penal statute, recent cases have recognized that this was a system distinct from the system of civil liability found in the French Civil Code (Cass. ass. plén., July 12, 2000, *Bull. civ.*, No. 8).

[21] What is of interest for my purposes is not so much the specific solutions proposed by these courts, which vary depending on the legal traditions, constitutional guarantees and social norms that exist in each country, as the general trend that emerges from the cases. Just like Canadian courts, including those in Quebec, all of these courts are increasingly concerned about protecting freedom of expression. The law of defamation is changing accordingly. This is the general context in which this case must be considered. I will now look at the legal rules applicable to defamation in Quebec civil law.

## (2) Constituent Elements of Defamation in Quebec Civil Law

[22] In Quebec, there is no specific form of action for punishing defamation. Actions in defamation come under the general system of civil liability

[20] L'approche canadienne s'insère dans un courant observable dans de nombreuses démocraties, notamment l'Angleterre (*Reynolds c. Times Newspapers Ltd.*, [2001] 2 A.C. 127 (H.L.); *Jameel c. Wall Street Journal Europe Sprl*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359), l'Australie (*Theophanous c. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994), 124 A.L.R. 1 (H.C.); *Lange c. Australian Broadcasting Corp.* (1997), 189 C.L.R. 520 (H.C.)), la Nouvelle-Zélande (*Lange c. Atkinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 385 (C.A.)), les États-Unis (*New York Times Co. c. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)) et l'Allemagne (BVerfGE 82, 272, 26 juin 1990, affaire *Stern-Strauß*; BVerfGE 93, 266, 10 octobre 1995, affaire des *soldats assassins*). Ce phénomène est également perceptible dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (*Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* (GC), n° 21980/93, CEDH 1999-III; *Colombani c. France*, n° 51279/99, CEDH 2002-V). De même, en France, alors que la protection de la liberté d'expression s'est matérialisée par l'adoption d'une loi spéciale à caractère pénal, la jurisprudence récente a reconnu qu'il s'agissait d'un régime distinct de celui de la responsabilité civile prévu au *Code civil* français (Cass. ass. plén., 12 juillet 2000, *Bull. civ.*, n° 8).

[21] Ce ne sont pas tant les solutions précises proposées par ces cours — solutions qui varient selon les traditions juridiques, garanties constitutionnelles et normes sociales en place dans chaque pays — que la tendance générale qui s'en dégage qui intéresse mon propos. Toutes ces cours partagent avec les tribunaux canadiens, y compris les tribunaux québécois, une préoccupation accrue pour la protection de la liberté d'expression. Le droit en matière de diffamation évolue en conséquence. C'est dans ce contexte général que doit être abordée la présente affaire. Je vais maintenant examiner le régime juridique applicable à la diffamation en droit civil québécois.

## (2) Éléments constitutifs de la diffamation en droit civil québécois

[22] Il n'existe pas, au Québec, de recours particulier pour sanctionner la diffamation. Le recours en diffamation s'inscrit dans le régime général de

established in art. 1457 *C.C.Q.* The plaintiff is entitled to compensation if fault, injury and a causal connection are all present. Fault is determined by looking at the defendant's conduct, while injury is assessed by looking at the impact of that conduct on the victim, and a causal link is established where the decision maker finds that a connection exists between the fault and the injury. This is an area of law where it is important to make a clear distinction between fault and injury. Proof of injury is not a basis for presuming that a fault was committed. Proof that a fault was committed does not, without more, establish the existence of a compensable injury.

[23] Actions in defamation also bring the *Quebec Charter* into play, since, as I have already noted, they are based on interference with the right to the safeguard of reputation guaranteed by s. 4 of that instrument. Under s. 49 of the *Quebec Charter*, there is a right to obtain compensation for the prejudice caused by unlawful interference with human rights. However, the *Quebec Charter* has not created an independent, autonomous system of civil liability that duplicates the general system (*de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64, at para. 44). The general principles of civil liability still serve as a starting point for awarding compensatory damages for interference with a right (*Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345, at para. 119 (*per* Gonthier J.) and paras. 16 and 25 (*per* L'Heureux-Dubé J., dissenting in part), and *de Montigny*). Civil liability actions that are based on interference with a right, such as an action in defamation, are therefore a point of intersection between the *Quebec Charter* and the *Civil Code*. This convergence of instruments must be considered in defining the three constituent elements of civil liability, namely fault, injury and causal connection. I will say only a few words about fault, since it is not in dispute here. Causal connection is not in issue either. I will instead focus on injury, which is the main issue here.

la responsabilité civile prévu à l'art. 1457 *C.c.Q.* Le demandeur a droit à une indemnisation si une faute, un préjudice et un lien causal coexistent. La détermination de la faute suppose l'examen de la conduite de l'auteur de celle-ci, celle du préjudice requiert l'évaluation de l'incidence de cette conduite sur la victime et celle de la causalité exige que le décideur conclue à l'existence d'un lien entre la faute et le préjudice. C'est un domaine du droit où il importe de bien distinguer faute et préjudice. La preuve du préjudice ne permet pas de présumer qu'une faute a été commise. La démonstration de la commission d'une faute n'établit pas, sans plus, l'existence d'un préjudice susceptible de réparation.

[23] L'action en diffamation fait aussi intervenir la *Charte québécoise*, puisque, comme je l'ai souligné plus tôt, l'action repose sur une atteinte au droit à la sauvegarde de la réputation, garanti à l'art. 4 de cet instrument. L'article 49 de la *Charte québécoise* prévoit le droit à la réparation du préjudice causé par une atteinte illicite aux droits de la personne. La *Charte québécoise* n'a toutefois pas créé un régime indépendant et autonome de responsabilité civile qui ferait double emploi avec le régime général (*de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64, par. 44). Les principes généraux de la responsabilité civile servent toujours de point de départ pour l'octroi de dommages-intérêts compensatoires à la suite d'une atteinte à un droit (*Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, par. 119 (*le* juge Gonthier) et par. 16 et 25 (*la* juge L'Heureux-Dubé, dissidente en partie), et *de Montigny*). Les actions en responsabilité civile fondées sur une atteinte à un droit, tel le recours en diffamation, constituent donc un point de rencontre de la *Charte québécoise* et du *Code civil*. Cette convergence des instruments doit être considérée dans la définition des trois éléments constitutifs de la responsabilité civile, c'est-à-dire la faute, le préjudice et le lien de causalité. Je ne ferai que quelques commentaires sur la faute, étant donné qu'elle n'est pas contestée en l'espèce. Le lien de causalité n'est pas non plus en cause. Je m'attacherai plutôt à l'étude du préjudice, l'élément qui est au cœur du débat.

(i) *Fault*

[24] Generally speaking, fault is conduct that departs from the standard of conduct of a reasonable person (*St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392, at para. 21). It should be noted that the concept of a reasonable person is normative in nature rather than descriptive. It refers to the way an informed person would behave in the circumstances. Despite the importance attached by the *Quebec Charter* to the protection of individual rights, conduct that interferes with a right guaranteed by the *Charter* does not necessarily constitute civil fault (*Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211, at para. 116; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 SCC 30, [2004] 1 S.C.R. 789 (“*Larocque*”). The interference must also violate the objective standard of conduct of a reasonable person under art. 1457 *C.C.Q.*, and there must be nothing else that limits the finding on fault, for example the existence of immunity (*Larocque* and *Prud'homme*) or the consideration of competing rights such as freedom of expression.

[25] In an action in defamation, the definition or limits of fault reflect the increasing importance attached to freedom of expression (*Société Radio-Canada v. Radio Sept-Îles inc.*, [1994] R.J.Q. 1811 (C.A.), at p. 1818). However, defamatory conduct may result from mere negligence. The truth of the message will be only one of the factors used to determine whether conduct is wrongful. Even if a comment is true, it may have been made in a wrongful manner. Scandal mongering and lies are both punished (*Prud'homme*, at para. 38; *Néron*, at para. 59).

(ii) *Injury*

[26] The type of injury that defines defamation is damage to reputation. In our law, damage

(i) *Faute*

[24] De manière générale, la faute correspond à une conduite qui s'écarte de la norme de comportement qu'adopterait une personne raisonnable (*Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 21). Il importe de signaler que le concept de personne raisonnable a un caractère normatif plutôt que descriptif. Il s'agit du comportement qu'une personne informée adopterait dans les circonstances. Malgré toute l'importance accordée par la *Charte québécoise* à la protection des droits individuels, un comportement attentatoire à un droit qu'elle garantit ne constitue pas nécessairement une faute civile (*Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 116; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789 (« *Larocque* »)). En effet, encore faut-il que l'atteinte constitue une violation de la norme objective prévue par l'art. 1457 *C.c.Q.* qui est celle du comportement de la personne raisonnable et qu'aucun autre motif ne limite la conclusion concernant la faute, par exemple, l'existence d'une immunité (*Larocque* et *Prud'homme*) ou la prise en considération de droits concurrents, comme celui de la liberté d'expression.

[25] Dans un recours en diffamation, la définition ou les contours de la faute reflètent l'importance croissante accordée à la liberté d'expression (*Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles inc.*, [1994] R.J.Q. 1811 (C.A.), p. 1818). Cependant, un comportement de nature diffamatoire peut procéder d'une simple négligence. La véracité du message ne sera qu'un des facteurs à considérer pour évaluer le caractère fautif du comportement. Bien que vrais, des propos peuvent néanmoins avoir été tenus fautivement. La médisance, tout autant que la calomnie, est sanctionnée (*Prud'homme*, par. 38; *Néron*, par. 59).

(ii) *Préjudice*

[26] Le préjudice qui définit la diffamation est l'atteinte à la réputation. Dans notre droit, l'atteinte

to reputation is assessed objectively, from the perspective of an ordinary person (*Néron*, at para. 57; *Prud'homme*, at para. 34; *Métromédia C.M.R. Montréal inc. v. Johnson*, 2006 QCCA 132, [2006] R.J.Q. 395, at para. 49).

[27] This level of analysis is justified by the fact that damage to reputation results in a decrease in the esteem and respect that other people have for the person about whom the comments are made. Therefore, the maker of the comments and the person about whom they are made are not the only ones involved. A person is defamed where the image reflected back to the person by one or more other people is inferior not only to the person's self-image but above all to the image the person projected to "others" in the normal course of social interaction. In our society, every person can legitimately expect equal legal treatment. However, damage to reputation is at a different level. Defaming a person means damaging a reputation that has been legitimately earned. The effect of defamation is therefore not so much to interfere with the dignity and equal treatment recognized to each person under the Charters as to reduce the esteem in which a person should be held as a result of his or her interactions with society.

[28] It is the importance of "others" in the concept of reputation that justifies relying on the objective standard of the ordinary person who symbolizes them. Therefore, the fact that a person alleging defamation feels humiliated, sad or frustrated is not a sufficient basis for an action in defamation. In such an action, injury is examined at a second level focussed not on the actual victim but on the perceptions of other people. Injury exists where "an ordinary person . . . believe[s] that the remarks made, when viewed as a whole, brought discredit on the reputation" of the victim (*Prud'homme*, at para. 34). However, care must be taken to avoid shifting the analysis of injury to a third level by asking, as the majority of the Court of Appeal seems to have done (at para. 73), whether an ordinary person, acting as a trier of fact, would have found that the victim's reputation was discredited in the eyes of a public that was likely to believe Mr. Arthur's comments. The judge must instead focus

à la réputation est appréciée objectivement, c'est-à-dire en se référant au point de vue du citoyen ordinaire (*Néron*, par. 57; *Prud'homme*, par. 34; *Métromédia C.M.R. Montréal inc. c. Johnson*, 2006 QCCA 132, [2006] R.J.Q. 395, par. 49).

[27] Ce niveau d'analyse se justifie par le fait qu'une atteinte à la réputation se traduit par une diminution de l'estime et de la considération que les autres portent à la personne qui est l'objet des propos. Il n'y a donc pas que l'auteur et la personne qui fait l'objet des propos qui entrent en scène. Une personne est diffamée lorsqu'un individu donné ou plusieurs lui renvoient une image inférieure à celle que non seulement elle a d'elle-même, mais surtout qu'elle projetait aux « autres » dans le cours normal de ses interactions sociales. Dans notre société, toute personne peut légitimement s'attendre à un traitement égal sur le plan juridique. L'atteinte à la réputation se situe à un autre niveau. Diffamer quelqu'un, c'est attenter à une réputation légitimement gagnée. Par conséquent, l'effet de la diffamation n'est pas tant l'incidence sur la dignité et le traitement égal reconnus à chacun par les chartes, mais la diminution de l'estime qui revient à une personne à la suite de ses interactions sociales.

[28] C'est l'importance de ces « autres » dans le concept de réputation qui justifie le recours à la norme objective du citoyen ordinaire qui les symbolise. Un sentiment d'humiliation, de tristesse ou de frustration chez la personne même qui prétend avoir été diffamée est donc insuffisant pour fonder un recours en diffamation. Dans un tel recours, l'examen du préjudice se situe à un second niveau, axé non sur la victime elle-même, mais sur la perception des autres. Le préjudice existe lorsque le « citoyen ordinaire estim[e] que les propos tenus, pris dans leur ensemble, ont déconsidéré la réputation » de la victime (*Prud'homme*, par. 34). Il faut cependant se garder de laisser glisser l'analyse du préjudice vers un troisième niveau et de se demander, comme semble l'avoir fait la majorité de la Cour d'appel (par. 73), si le citoyen ordinaire, se portant lui-même juge des faits, aurait estimé que la réputation de la victime a été déconsidérée aux yeux d'un public susceptible d'ajouter foi aux propos de

on the ordinary person, who is the embodiment of “others”.

[29] There are definite advantages to relying on the objective standard of the ordinary person. Bich J.A. described them well in her reasons:

[TRANSLATION] [This standard] has the advantage of not making the characterization of the impugned comments, and thus the determination of injury, dependent on the purely subjective emotions or feelings of the person who has allegedly been defamed. If comments could be shown to be injurious simply by referring to one’s feeling of personal upset, humiliation, mortification, vexation, indignation or sadness or to the fact that one’s sensibilities or feelings have been offended, hurt or even trampled on, little would be left of freedom of opinion and expression. The very concept of defamation would also become entirely dependent on the particular emotions of each individual. [para. 40]

[30] My discussion of fault demonstrates how reliance on an objective standard is nothing new. In fact, the ordinary person is the counterpart, for injury, of the reasonable person used to assess fault. While both concepts are objective, they are not one and the same. The conduct of the reasonable person establishes a standard of conduct whose violation constitutes a fault. The ordinary person, by contrast, is the embodiment of the society that receives the impugned comments. Injury is therefore assessed through the eyes of this ordinary person who receives the impugned comments or gestures.

[31] The judge responsible for assessing fault requires the person who uttered the words to behave the way that a reasonable person would have behaved in the circumstances. In defamation cases, the judge takes account of that person’s right to freedom of expression, and will even accept, in some cases, that the person has expressed exaggerated opinions. In assessing injury, the judge also considers the fact that the ordinary person has accepted that freedom of expression is protected and that exaggerated comments can be made in certain circumstances. However, the judge must also ask whether there is a decrease in the esteem

M. Arthur. C’est plutôt ce citoyen ordinaire qui est observé par le juge et qui incarne les « autres ».

[29] Le recours à la norme objective du citoyen ordinaire présente des avantages certains, que décrit bien la juge Bich dans ses motifs :

[Cette norme] a l’avantage de ne pas rendre l’exercice de qualification du propos litigieux et, par conséquent, la détermination du préjudice tributaires de l’émotion ou du sentiment purement subjectif de la personne qui s’estime diffamée. S’il suffisait en effet, pour établir le caractère préjudiciable d’un propos, de faire état de son sentiment d’humiliation, de mortification, de vexation, d’indignation, de tristesse ou de contrariété personnelle ou encore d’un froissement, d’un heurt ou même d’un piétinement de la sensibilité, il ne resterait pas grand-chose de la liberté d’opinion et d’expression. En outre, ce serait faire dépendre l’idée même de diffamation, entièrement, de l’affectivité particulière de chaque individu. [par. 40]

[30] Mes commentaires sur la faute révèlent déjà que le recours à une norme objective n’est pas nouveau. En réalité, le citoyen ordinaire est le pendant, pour le préjudice, de la personne raisonnable auquel le droit a recours pour l’évaluation de la faute. S’ils ont en commun leur caractère objectif, les deux concepts ne se confondent toutefois pas. Le comportement de la personne raisonnable exprime une norme de conduite dont la violation constitue une faute. Le citoyen ordinaire constitue plutôt une incarnation de la société qui reçoit les propos litigieux. C’est donc à travers les yeux de ce citoyen ordinaire, récepteur des propos ou des gestes litigieux, que le préjudice est évalué.

[31] Le juge chargé de l’évaluation de la faute impose à l’auteur des propos le comportement qu’une personne raisonnable aurait eu dans les circonstances. En matière de diffamation, le juge tient compte du droit à la liberté d’expression de l’auteur des propos. Il tolérera même, dans certains cas, que celui-ci ait émis des opinions exagérées. Lorsqu’il évalue le préjudice, le juge tient également compte du fait que le citoyen ordinaire a bien accepté la protection de la liberté d’expression et que, dans certaines circonstances, des propos exagérés peuvent être tenus, mais il doit aussi se demander si le citoyen ordinaire voit diminuer



that the ordinary person has for the victim. As a result, even though the standard is an objective one in both cases, it is preferable to use two different terms — reasonable person and ordinary person — because they are concepts that relate to two distinct situations: assessing the conduct and assessing the effect of that conduct from society's perspective. The questions asked at these two stages are different.

[32] The use of a standard such as the ordinary person as a test for determining whether someone's reputation has been damaged has an undeniable practical advantage. Such a standard is a reference point that is rational and objective. It makes it easier to prove injury, which can be hard to prove. Very often, injury can be established only indirectly. One example of this is *Néron*, in which the impugned remarks resulted in a loss of business that could be related only to them. In other cases, the facts supporting the finding that a reasonable person would not have made the remarks in question will permit the inference that an ordinary person would hold the victim in lower esteem as a result of those remarks. However, this is not a legal presumption that arises from finding that a fault has been committed; rather, it is merely an inference that a judge may draw from the facts adduced in evidence. The practical value of the objective standard is even greater in cases involving comments made about a group, since the injury may be similar for all those who were affected in the same way by the same comments and who sustained damage to the common aspects of their reputations. Nevertheless, the analysis will always be a two-step process. First, the court has to determine whether a reasonable person would have made the impugned remarks in the same context. Second, if the court answers no and finds that the person who made the remarks has committed a fault, it must ask whether the remarks have decreased the ordinary person's esteem for the victim. It is necessary, of course, that a causal connection be established between fault and injury, but that issue does not arise here.

l'estime qu'il porte à la victime. En conséquence, bien qu'il s'agisse d'une norme objective dans les deux cas, il est préférable de conserver deux vocables distincts — personne raisonnable et citoyen ordinaire — parce qu'ils correspondent à des concepts visant deux situations distinctes : l'évaluation du comportement et l'évaluation de l'effet de ce comportement du point de vue de la société. Les questions posées aux deux étapes sont différentes.

[32] Le recours à une norme comme celle du citoyen ordinaire en tant que critère de détermination d'une atteinte à la réputation présente un avantage pratique indéniable. Une telle norme constitue un repère rationnel et objectif. Elle permet de faciliter la preuve du préjudice, étant donné que cette preuve peut s'avérer difficile. Très souvent en effet, le préjudice ne peut être établi qu'indirectement. Un exemple d'une telle situation est l'affaire *Néron*, où les propos ont entraîné une perte d'occasions d'affaire qui ne pouvait qu'être reliée aux propos litigieux. Dans d'autres cas, les faits qui auront permis de conclure qu'une personne raisonnable n'aurait pas prononcé les propos reprochés permettront d'inférer que, à la suite de ceux-ci, le citoyen ordinaire a moins d'estime envers la victime. Il ne s'agit toutefois pas d'une présomption légale découlant de la conclusion qu'une faute a été commise, mais seulement d'une inférence que le juge peut tirer des faits mis en preuve. L'intérêt pratique de la norme objective est encore plus grand dans les cas de propos tenus à l'endroit d'un groupe, lorsque le préjudice peut être similaire pour toutes les personnes qui ont été visées de la même manière par les mêmes propos, et qui ont été atteintes dans ce que leur réputation a en commun. Il n'en demeure pas moins que l'analyse doit toujours se faire en deux temps. Premièrement, le tribunal doit décider si une personne raisonnable aurait tenu les propos litigieux dans le même contexte. Deuxièmement, s'il conclut que non et donc que l'auteur des propos a commis une faute, il doit se demander si ces propos ont diminué l'estime que le citoyen ordinaire porte à la victime. Il faut bien sûr qu'un lien de causalité soit établi entre faute et préjudice, mais cette question ne fait pas l'objet du présent pourvoi.

[33] Given the importance of the ordinary person and reasonable person standards, we should consider what they involve.

[34] In France, a standard of acceptable conduct is used to assess damage to honour and reputation within the meaning of the *Loi sur la presse* (N. Mallet-Poujol, “Diffamations et injures”, in B. Beignier, B. de Lamy and E. Dreyer, eds., *Traité de droit de la presse et des médias* (2009), 441, at p. 450). To assess the wrongfulness of conduct in actions based on the general law of civil liability, the reasonable person standard is used, as in our law. French commentators and courts have said that a reasonable person is more than moderately prudent and informed but less than highly prudent and informed. A reasonable person approves of average behaviour, that is, the behaviour of the majority of people, only if it is rational and consistent with the nature of things (P. Jourdain, “Notion de faute: contenu commun à toutes les fautes”, *Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances* (2002), fasc. 120-1, No. 106).

[35] The common law also uses an objective standard, that of the right-thinking person, to ascertain the meaning of impugned comments and assess whether they are defamatory. This standard is taken from English common law and is based on the famous case of *Sim v. Stretch*, [1936] 2 All E.R. 1237 (H.L.), in which Lord Atkin stated the following, with which his colleagues concurred:

The conventional phrase exposing the plaintiff to hatred, ridicule and contempt is probably too narrow . . . I do not intend to ask your Lordships to lay down a formal definition, but after collating the opinions of many authorities I propose in the present case the test: would the words tend to lower the plaintiff in the estimation of right-thinking members of society generally? [p. 1240]

[36] Despite the reservation expressed by Lord Atkin about the test he was proposing, it has not been forgotten. In fact, the right-thinking person standard was subsequently adopted, including

[33] Compte tenu de l'importance des normes du citoyen ordinaire et de la personne raisonnable, il y a lieu de s'interroger sur ce qu'elles impliquent.

[34] En France, un « standard de comportement admissible » est utilisé pour mesurer l'atteinte à l'honneur et à la réputation au sens de la *Loi sur la presse* (N. Mallet-Poujol, « Diffamations et injures », dans B. Beignier, B. de Lamy et E. Dreyer, dir., *Traité de droit de la presse et des médias* (2009), 441, p. 450). Pour apprécier le caractère fautif d'une conduite dans les actions fondées sur le droit général de la responsabilité civile, c'est, comme chez nous, une norme de la personne raisonnable qui est utilisée. Dans la doctrine et la jurisprudence françaises, on dit de la personne raisonnable qu'elle est plus que moyennement prudente et avisée, mais moins que très prudente et très avisée. Cette personne ne souscrit au comportement moyen, c'est-à-dire celui partagé par la majorité de la population, que s'il est rationnel et conforme à la nature des choses (P. Jourdain, « Notion de faute : contenu commun à toutes les fautes », *Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances* (2002), fasc. 120-1, n° 106).

[35] La common law utilise aussi une norme objective — la personne sensée — pour dégager la signification des propos litigieux et évaluer leur caractère diffamatoire. Tiré de la common law anglaise, cette norme est inspirée de la célèbre affaire *Sim c. Stretch*, [1936] 2 All E.R. 1237 (H.L.), à l'occasion de laquelle Lord Atkin a affirmé ce qui suit, avec l'appui de ses collègues :

[TRADUCTION] L'expression traditionnelle « exposer le demandeur à la haine, au ridicule ou au mépris » a probablement une portée trop restreinte [. . .] Messieurs les juges, je n'entends pas vous demander d'établir une définition formelle, mais après avoir comparé et analysé les opinions énoncées à cet égard par de nombreuses sources faisant autorité, je propose l'analyse suivante en l'espèce : Les propos tendraient-ils à abaisser le demandeur dans l'estime de personnes sensées de la société en général? [p. 1240]

[36] En dépit de la réserve exprimée par Lord Atkin à l'égard du critère qu'il proposait, l'histoire l'a néanmoins retenu. En effet, la norme de la personne sensée a été reprise par la suite, y compris dans

in Canadian case law (*Chohan v. Cadsky*, 2009 ABCA 334, 464 A.R. 57 (C.A.); *Color Your World Corp. v. Canadian Broadcasting Corp.* (1998), 38 O.R. (3d) 97 (C.A.), leave to appeal refused, [1998] 2 S.C.R. vii; *Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 S.C.R. 3, at para. 62; *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067, at p. 1079 (*per* Ritchie J.) and p. 1095 (*per* Dickson J., dissenting)). In *Color Your World*, the Ontario Court of Appeal, *per* Abella J.A., outlined the right-thinking person standard as follows:

The standard of what constitutes a reasonable or ordinary member of the public is difficult to articulate. It should not be so low as to stifle free expression unduly, nor so high as to imperil the ability to protect the integrity of a person's reputation. The impressions about the content of any broadcast — or written statement — should be assessed from the perspective of someone reasonable, that is, a person who is reasonably thoughtful and informed, rather than someone with an overly fragile sensibility. A degree of common sense must be attributed to viewers. [p. 106]

[37] Raymond Brown conducted an extensive review of Canadian and foreign case law and summarized the ordinary person's perspective as follows:

The court will assume that the ordinary reasonable person is someone who is thoughtful and informed, and of fair, average intelligence. They are persons who have a common understanding of the meaning of language and who, in their evaluation of the imputation, entertain a sense of justice and apply moral and social standards reflecting the views of society generally. . . .

The reasonable reader or listener makes an effort to strike a balance between the most extreme meaning the words will bear and the most innocent meaning. . . .

“The ordinary reader will draw conclusions from general impressions.” He or she is likely to read an article casually or uncritically and not give it concentrated attention or read it a second time. . . .

(R. Brown, *The Law of Defamation in Canada*, 2nd ed. (loose-leaf), vol. 1, at pp. 5-45 to 5-57, citations omitted.)

la jurisprudence canadienne (*Chohan c. Cadsky*, 2009 ABCA 334, 464 A.R. 57 (C.A.); *Color Your World Corp. c. Canadian Broadcasting Corp.* (1998), 38 O.R. (3d) 97 (C.A.), autorisation d'appel refusée, [1998] 2 R.C.S. vii; *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3, par. 62; *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067, p. 1079, le juge Ritchie, et p. 1095, le juge Dickson, dissident). Dans l'arrêt *Color Your World*, la Cour d'appel de l'Ontario, sous la plume de la juge Abella, a exposé les grandes lignes de la norme de la personne sensée :

[TRADUCTION] La norme du citoyen raisonnable ou ordinaire n'est pas facile à formuler. Elle ne doit pas être si peu exigeante qu'elle aurait pour effet d'étouffer indûment la liberté d'expression, ou au contraire être si exigeante qu'elle compromettrait la capacité de protéger l'intégrité de la réputation d'une personne. Les impressions que laisse tout propos diffusé — ou toute déclaration écrite — doivent être appréciées du point de vue de la personne raisonnable, c'est-à-dire une personne raisonnablement réfléchie et informée, et non du point de vue d'une personne possédant une sensibilité exacerbée. Il faut reconnaître aux auditeurs une certaine mesure de bon sens. [p. 106]

[37] L'auteur Raymond Brown s'est livré à un vaste examen de la jurisprudence canadienne et étrangère et a résumé ainsi la notion de citoyen ordinaire :

[TRADUCTION] Le tribunal suppose que la personne raisonnable ordinaire est une personne réfléchie et informée, dotée d'une intelligence moyenne. Ces personnes possèdent une compréhension générale du sens des mots et, dans leur évaluation des imputations, elles font montre du sens de la justice et appliquent des normes morales et sociales reflétant les vues de la société en général. . . .

Le lecteur ou l'auditeur raisonnable s'efforce de trouver le juste équilibre entre l'acception la plus extrême d'un mot et son sens le plus innocent. . . .

« Le lecteur ordinaire tire des conclusions à partir d'impressions générales. » Il lit vraisemblablement un article d'une manière superficielle ou d'un œil non critique, sans se concentrer ou le relire. . . .

(R. Brown, *The Law of Defamation in Canada*, 2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles), vol. 1, p. 5-45 à 5-57, références omises.)

[38] While these common law principles cannot be directly transposed into Quebec civil law because of the major differences between the two systems (*Prud'homme*, at paras. 54-59), they often serve as a source of inspiration. The two legal communities have the same broad social values. Indeed, there is a striking similarity between the civil law and the common law approaches.

[39] As Abella J.A. stated in *Color Your World*, it is difficult to precisely articulate the parameters of the reasonable person standard of conduct, which the ordinary person standard also incorporates. Systematizing these models would mean taking a snapshot of our society's values, beliefs and attitudes, which is impossible because these components are intrinsically fluid and vary with the context. A few characteristics can nonetheless be emphasized.

[40] The reasonable person acts in an ordinarily informed and diligent manner. He or she shows concern for others and takes the necessary precautions to avoid causing them reasonably foreseeable injury (*Ouellet v. Cloutier*, [1947] S.C.R. 521, at p. 526). He or she respects fundamental rights and therefore cannot disregard the protection established in the charters. Since the standards maintained by the reasonable person are consistent with Charter values, he or she is careful not to violate the rights of others.

[41] Although the ordinary person reacts like a sensible person who, like the reasonable person, respects fundamental rights, care must be taken not to idealize the ordinary person and consider him or her to be impervious to all negligent, racist or discriminatory comments, as the effect of this would be to sterilize the action in defamation. As the Superior Court stated in *Hervieux-Payette v. Société Saint-Jean-Baptiste de Montréal*, [1998] R.J.Q. 131 (reversed by the Court of Appeal on other grounds, 2002 CanLII 8266), [TRANSLATION] “[t]his ordinary person is neither an encyclopedist nor an ignoramus” (p. 143). As I have noted, in assessing injury in an action in defamation,

[38] Si ces principes de common law ne peuvent être transposés directement en droit civil québécois en raison des différences majeures entre les deux régimes (*Prud'homme*, par. 54-59), ils servent souvent de source d'inspiration. Les deux communautés juridiques partagent les mêmes grandes valeurs sociales. D'ailleurs, la convergence de l'approche civiliste et de l'approche de common law est remarquable.

[39] Comme le disait la juge Abella dans l'affaire *Color Your World*, il est difficile d'arrêter précisément les paramètres de la norme de conduite que constitue la notion de personne raisonnable, norme que le citoyen ordinaire respecte aussi. Systématiser ces modèles impliquerait que l'on prenne un cliché des valeurs, des croyances et des attitudes de notre société, tâche impossible puisque ces composantes sont intrinsèquement évolutives et varient selon le contexte. On peut néanmoins en mettre quelques caractéristiques en exergue.

[40] La personne raisonnable agit de manière normalement avisée et diligente. Soucieuse d'autrui, elle prend les précautions nécessaires pour éviter de leur causer des préjudices raisonnablement prévisibles (*Ouellet c. Cloutier*, [1947] R.C.S. 521, p. 526). Elle respecte les droits fondamentaux — en ce sens, elle ne peut faire abstraction des protections établies par les chartes. Parce qu'elle partage des normes conformes aux valeurs protégées par les chartes, elle prend garde de ne pas causer d'atteintes aux droits d'autrui.

[41] Bien que le citoyen ordinaire réagisse en personne sensée qui, tout comme la personne raisonnable, respecte les droits fondamentaux, il faut cependant se garder de l'idéaliser et de le considérer imperméable à tout propos négligent, raciste ou discriminatoire, ce qui aurait pour effet de stériliser le recours en diffamation. Comme l'affirmait la Cour supérieure dans la décision *Hervieux-Payette c. Société Saint-Jean-Baptiste de Montréal*, [1998] R.J.Q. 131 (infirmée par la Cour d'appel, mais non sur ce point, [2002] R.J.Q. 1669), « [c]e citoyen ordinaire n'est ni un encyclopédiste ni un ignare » (p. 143). Je rappelle que, en matière de préjudice dans un recours en diffamation, le citoyen ordinaire ne

the ordinary person is only an expedient used to identify damage to reputation. Judges must therefore avoid limiting themselves to an inflexible test that would prevent them from recognizing actual damage to reputation where it occurs.

[42] The instant case also raises the additional question of group defamation. It presents some specific problems that need to be considered.

*B. Defamatory Nature of Comments Made About a Group of People*

(1) Need to Prove Personal Injury

[43] An action in defamation can succeed only if personal injury has actually been sustained by the plaintiff or plaintiffs. This requirement also applies where the defamatory comments are made about a group. Three rules of Quebec law are applicable here.

[44] First, to have the necessary interest to bring an action, a person must have sustained personal injury. An action can be brought only by a person who is able to be a party to an action (art. 56, para. 1 *C.C.P.*) and who has a sufficient interest (arts. 55 and 59 *C.C.P.*). Except in cases where the legislature has intervened, a group without juridical personality does not have the necessary capacity to be a party to an action. This means that a group cannot bring an action based on injury it claims to have suffered as a group without juridical personality. Moreover, a person does not, simply as a member of a group, have a sufficient interest to bring an action in damages for injury sustained by the group as a group. An interest will not be sufficient unless, *inter alia*, it is direct and personal. Even if the group's attributes and those of the plaintiff are not mutually exclusive, the plaintiff must nonetheless be able to assert a right that belongs to the plaintiff (*Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne v. Fondation du Théâtre du Nouveau-Monde*, [1979] C.A. 491, at p. 494).

demeure qu'un procédé pratique permettant d'identifier les atteintes à la réputation. Les juges doivent donc éviter de se limiter à une analyse rigide, à un critère qui les empêcherait de reconnaître les véritables atteintes à la réputation là où elles existent.

[42] Par ailleurs, l'affaire dont nous sommes saisis soulève la question additionnelle de la diffamation à l'endroit d'un groupe de personnes. Elle présente certaines difficultés particulières auxquelles il convient de s'attarder.

*B. Caractère diffamatoire de propos tenus à l'endroit d'un groupe de personnes*

(1) Nécessité de prouver un préjudice personnel

[43] Un recours en diffamation ne peut réussir que si le ou les demandeurs ont dans les faits subi un préjudice personnel. Cette exigence s'applique tout autant lorsque les propos diffamatoires sont tenus à l'endroit d'un groupe. Trois règles du droit québécois trouvent application en l'espèce.

[44] Premièrement, seul un préjudice personnel confère à l'auteur d'une demande en justice l'intérêt requis pour la présenter. Une demande en justice ne peut être formée que par une personne qui est apte à ester en justice (art. 56, al. 1 *C.p.c.*) et qui dispose d'un intérêt suffisant (art. 55 et 59 *C.p.c.*). Sauf dans les cas où le législateur est intervenu, un groupe sans personnalité juridique n'a pas la capacité requise pour ester en justice. Un groupe ne peut donc tenter un recours sur la base d'un préjudice qu'il prétend avoir subi à titre de groupe sans personnalité juridique. Par ailleurs, une personne ne possède pas, simplement à titre de membre d'un groupe, l'intérêt suffisant pour exercer un recours en dommages-intérêts pour un préjudice subi par le groupe à titre de groupe. Pour être suffisant, l'intérêt doit notamment être direct et personnel. Même si les attributs du groupe et ceux de la partie demanderesse ne sont pas mutuellement exclusifs, il demeure cependant que cette dernière doit être en mesure de faire valoir un droit qui lui est propre (*Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne c. Fondation du Théâtre du Nouveau-Monde*, [1979] C.A. 491, p. 494).

[45] The requirement of proving the existence of a personal interest is not dispensed with in the context of a class action. The general provisions of the *Code of Civil Procedure* apply to class actions to the extent that they are not excluded or inconsistent with the specific rules governing such proceedings (art. 1051 *C.C.P.*). This is the case for the provisions requiring the demonstration of a sufficient interest (*Bouchard v. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349 (C.A.), at para. 103). A non-personal interest based on injury that has been sustained by the group as a group will therefore not be sufficient to permit the institution of a class action in defamation. (See also *Cabay v. Fafard*, [1986] J.Q. n° 2823 (QL) (Sup. Ct.), aff'd [1988] J.Q. n° 1052 (QL) (C.A.).)

[46] Second, the scheme of the *Quebec Charter* confirms the requirement of proof of a personal injury. The right to the protection of reputation, which is the basis for an action in defamation, is an individual right that is intrinsically attached to the person, whether the person is legal or natural. A group without juridical personality does not have a right to the safeguard of its reputation. Moreover, s. 49 of the *Quebec Charter* provides that only the “victim” of interference with a right is entitled to compensation, which confirms that only those who have suffered personal interference may obtain compensation. As Bernier J.A. wrote in *Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne*, at p. 495:

[TRANSLATION] [The *Charter*] is directed at the person considered individually and makes these remedies [under s. 49] available to the person where the person’s rights under the *Charter* are violated; a party can pursue these remedies only as a person whose *Charter* rights have been infringed, that is, as a “victim”.

In defamation law, the requirement of proof of a personal injury also contributes to maintaining the balance between freedom of expression and the right to the protection of reputation.

[47] Third, the rules of civil liability in the *C.C.Q.* provide that injury is compensable if it is personal to the plaintiff. The purpose of compensation is to

[45] Le contexte du recours collectif n’écarte pas l’obligation d’établir l’existence d’un intérêt personnel. Les dispositions générales du *Code de procédure civile* s’appliquent au recours collectif dans la mesure où elles ne sont pas exclues ou incompatibles avec les règles particulières à cette procédure (art. 1051 *C.p.c.*). C’est le cas des dispositions exigeant la démonstration d’un intérêt suffisant (*Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349 (C.A.), par. 103). Ainsi, un intérêt non personnel, fondé sur un préjudice subi par le groupe à titre de groupe, sera insuffisant pour permettre l’exercice d’un recours collectif en diffamation. (Voir aussi *Cabay c. Fafard*, [1986] J.Q. n° 2823 (QL) (C.S.), conf. par [1988] J.Q. n° 1052 (QL) (C.A.).)

[46] Deuxièmement, l’économie de la *Charte québécoise* confirme l’obligation de prouver un préjudice personnel. Le droit à la protection de la réputation, sur lequel s’appuie le recours en diffamation, est un droit individuel qui est intrinsèquement rattaché à la personne, qu’elle soit morale ou physique. Un groupe sans personnalité juridique ne jouit pas du droit à la sauvegarde de sa réputation. Qui plus est, l’art. 49 de la *Charte québécoise* confère le droit à réparation à la seule « victime » d’une atteinte à un droit, ce qui confirme que seules les personnes ayant subi une atteinte personnelle peuvent obtenir la réparation. Comme l’écrivait le juge Bernier dans l’affaire *Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne*, à la p. 495 :

C’est à la personne considérée individuellement [que la *Charte*] s’adresse et c’est à telle personne qu’elle reconnaît ces recours [de l’art. 49] lorsqu’on viole les droits que lui reconnaît ou lui accorde la *Charte*; ce n’est qu’en tant que personne lésée dans ses droits dont la *Charte* la déclare titulaire, qu’en tant que « victime », qu’une partie peut se prévaloir de ces recours.

En droit de la diffamation, cette exigence relative à la preuve d’un préjudice personnel contribue au maintien de l’équilibre entre la liberté d’expression et le droit à la protection de la réputation.

[47] Troisièmement, les règles de la responsabilité civile prévues par le *C.c.Q.* requièrent que, pour être réparable, le préjudice soit personnel au

put the victim back in the situation he or she was in prior to the injury. The wording of arts. 1607 and 1611 *C.C.Q.* confirms that the compensated injury must be personal to the creditor of the right to compensation:

**1607.** The creditor is entitled to damages for bodily, moral or material injury which is an immediate and direct consequence of the debtor's default.

**1611.** The damages due to the creditor compensate for the amount of the loss he has sustained and the profit of which he has been deprived.

Future injury which is certain and able to be assessed is taken into account in awarding damages.

[48] It must be inferred from this that an individual will not be entitled to compensation solely because he or she is a member of a group about which offensive comments have been made. The member or members of the group who bring an action must have sustained personal injury. In other words, defamation must go behind the screen of generality of the group and affect its members personally.

[49] That being said, the victim does not have to be expressly named or designated to be able to bring an action in defamation. The attack does not have to be specific or particularized. The person who made the impugned comments cannot avoid liability by hiding behind the fact that he or she used general terms applying to a group. Attacks on a group may in fact personally affect some or all of the group's members. While the injury must be personal, it does not have to be unique, that is, different from the injury sustained by the other members of the group. The reputation of more than one person may be tarnished by the same wrongful comments. While the law does not punish the defamation of groups having no juridical personality, it does punish multiple individual defamation (D. Buron, "Liberté d'expression et diffamation de collectivités: quand le droit à l'égalité s'exprime" (1988), 29 *C. de D.* 491, at pp. 497-98). Even if the members of a group are covered by comments that

demandeur. La réparation de nature compensatoire a pour but de remettre la victime dans la situation qui était la sienne avant le préjudice. Les termes mêmes des art. 1607 et 1611 *C.c.Q.* confirment que le préjudice réparé doit être personnel au créancier du droit à la réparation :

**1607.** Le créancier a droit à des dommages-intérêts en réparation du préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel, que lui cause le défaut du débiteur et qui en est une suite immédiate et directe.

**1611.** Les dommages-intérêts dus au créancier compensent la perte qu'il subit et le gain dont il est privé.

On tient compte, pour les déterminer, du préjudice futur lorsqu'il est certain et qu'il est susceptible d'être évalué.

[48] Il faut donc en déduire que l'appartenance d'un individu à un groupe ayant fait l'objet de propos offensants est, en soi, insuffisant pour donner lieu à une indemnisation. Le ou les membres du groupe qui forment une demande en justice doivent avoir subi un préjudice personnel. En d'autres termes, la diffamation doit traverser l'écran de la généralité du groupe et atteindre personnellement ses membres.

[49] Cela dit, la victime n'a pas à être expressément nommée ou désignée pour pouvoir exercer un recours en diffamation. L'attaque n'a pas à être particulière ou particularisée. L'auteur des propos reprochés ne pourrait se retrancher derrière le fait qu'il a employé des termes généraux s'adressant à un groupe pour écarter sa responsabilité. Des attaques dirigées contre un groupe peuvent, dans les faits, atteindre certains ou l'ensemble de ses membres personnellement. En effet, si le préjudice doit être personnel, il n'a pas à être singulier, c'est-à-dire différent de celui des autres membres du groupe. Plus d'une personne peuvent voir leur réputation ternie par les mêmes propos fautifs. Si le droit ne sanctionne pas la diffamation des collectivités qui ne possèdent pas la personnalité juridique, il sanctionne toutefois la diffamation individuelle multiple (D. Buron, « Liberté d'expression et diffamation de collectivités : quand le droit à l'égalité s'exprime » (1988), 29 *C. de D.* 491, p. 497-498).

mention the group, it will be necessary, in order to establish their right to compensation, that the members prove that they personally suffered damage to their reputations.

[50] Moreover, as we will see, the personal injury requirement does not change in class action proceedings.

## (2) Impact of the Procedural Vehicle Used

[51] Before instituting a class action, authorization must be obtained under arts. 1002 and 1003 *C.C.P.* If such authorization is granted, the parties proceed on the merits and the plaintiff must prove the defendant's liability. If the judge allows the action, the judge may order collective or individual recovery. The appellant argues that the use of a class action means that he does not have to prove personal injury at the time the merits of the action are being examined, since the question of the personal nature of the injury should be considered at the time of individual recovery proceedings (*Factum*, at paras. 22 and 52). This argument must be rejected, since it is based on confusion between the type of injury required to ground civil liability, the process used to prove such injury and the assessment of the extent of such injury.

[52] This Court has stated on several occasions that a class action is merely a procedural vehicle and that its use does not have the effect of changing the substantive rules applicable to individual actions (*Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666, at para. 17; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, at paras. 105-8; *St. Lawrence Cement*, at para. 111). In other words, the class action mechanism cannot be used to make up for the absence of one of the constituent elements of the cause of action. A class action can succeed only if each claim it covers, taken individually, could serve as a basis for court proceedings.

[53] The law of defamation therefore applies in its entirety in the class action context. As I mentioned

Même si les membres d'un groupe sont visés par des propos qui portent sur le groupe, il faudra, pour établir leur droit à l'indemnisation, que les membres démontrent qu'ils ont subi une atteinte personnelle à leur réputation.

[50] Par ailleurs, comme nous le verrons, l'exigence relative au préjudice personnel n'est pas modifiée dans la procédure du recours collectif.

## (2) Incidence du véhicule procédural utilisé

[51] Avant d'exercer un recours collectif, une autorisation doit être obtenue en vertu des art. 1002 et 1003 *C.p.c.* Si cette autorisation est accordée, les parties procèdent sur le fond et la partie demanderesse doit établir la responsabilité du défendeur. Si le juge accueille le recours, il peut ordonner un recouvrement collectif ou individuel. L'appelant allègue que l'utilisation du recours collectif le dispense de faire la preuve d'un préjudice personnel au moment de l'analyse du bien-fondé du recours, parce que la question du caractère personnel du préjudice devrait être analysée lors d'une procédure de recouvrement individuel (*mémoire*, par. 22 et 52). Cette prétention doit être rejetée, car elle repose sur une confusion entre la nature du préjudice nécessaire pour fonder la responsabilité civile, le procédé utilisé pour en faire la preuve et l'évaluation de l'étendue de ce préjudice.

[52] Notre Cour a affirmé à plusieurs reprises que le recours collectif ne constitue qu'un moyen procédural et que son utilisation n'a pas pour effet de modifier les règles de fond applicables au recours individuel (*Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666, par. 17; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 105-108; *Ciment du Saint-Laurent*, par. 111). En d'autres termes, on ne peut s'autoriser du mécanisme du recours collectif pour suppléer à l'absence d'un des éléments constitutifs du droit d'action. Le recours collectif ne pourra réussir que si chacune des réclamations prises individuellement justifiait le recours aux tribunaux.

[53] Le droit de la diffamation s'applique donc intégralement dans le contexte d'un recours



above, for a class action to be allowed, the plaintiff must establish the elements of fault, injury and causal connection in respect of each member of the group (*Hôpital St-Ferdinand*, at para. 33). Of course, the class action procedure permits the judge to draw inferences from the evidence, but the judge must still be satisfied on a balance of probabilities that each element is present for each member (for injury, see *Hôpital St-Ferdinand*, at paras. 34-35).

[54] However, there can be no question of requiring each member of the group to testify to establish the injury actually sustained. Proof of injury will usually be based on presumptions of fact, that is, on an attempt to find “an element of damage common to everyone . . . to be able to infer that there were serious, precise and concordant presumptions that all the [members of the group sustained personal injury]” (*Hôpital St-Ferdinand*, at para. 41, citing the opinion of Nichols J.A.). In this regard, the plaintiff must prove an injury shared by all members of the group so the court can infer that personal injury was sustained by each member. Proof of injury suffered by the group itself and not by its members will not in itself be enough to give rise to such an inference. On the other hand, the plaintiff is not required to prove that each of the members sustained exactly the same injury. The fact that the wrongful conduct did not affect each member of the group in the same way or with the same intensity does not prevent the court from finding the defendant civilly liable. This was in fact what happened in *St. Lawrence Cement*. While the injury sustained by the members of the group in question varied in intensity, this Court confirmed that it could be inferred that each member had sustained injury based on the similarities between them.

[55] It is not until the *existence* of personal injury sustained by each member of the group has been proved that the judge will focus on assessing the *extent* of the injury and choosing the appropriate recovery method, whether individual or collective.

collectif. Comme je l’ai mentionné précédemment, pour que son action soit accueillie, le demandeur doit établir les éléments de faute, de préjudice et de lien de causalité à l’endroit de chacun des membres du groupe (*Hôpital St-Ferdinand*, par. 33). Bien sûr, la procédure collective permet au juge de tirer des inférences de la preuve, mais il demeure qu’il doit être convaincu selon la prépondérance des probabilités de l’existence de chacun des éléments à l’égard de chacun des membres (voir, pour le préjudice, *Hôpital St-Ferdinand*, par. 34-35).

[54] Il ne saurait toutefois être question d’exiger que chacun des membres du groupe témoigne pour établir le préjudice effectivement subi. La preuve du préjudice reposera le plus souvent sur des présomptions de fait, c’est-à-dire sur la recherche d’« un élément de dommage commun à tous [. . .] pour en inférer qu’il existait des présomptions graves, précises et concordantes que tous les [membres du recours ont subi un préjudice personnel] » (*Hôpital St-Ferdinand*, par. 41, citant l’opinion du juge Nichols de la Cour d’appel). À cet égard, le demandeur doit établir un préjudice que partagent tous les membres du groupe et qui permet au tribunal d’inférer un préjudice personnel chez chacun des membres. La preuve d’un préjudice subi par le groupe lui-même, et non par ses membres, sera insuffisante, en soi, pour faire naître une telle inférence. Par contre, on n’exige pas du demandeur la preuve d’un préjudice identique subi par chacun des membres. Le fait que la conduite fautive n’ait pas affecté chacun des membres du groupe de manière identique ou avec la même intensité n’empêche pas le tribunal de conclure à la responsabilité civile du défendeur. C’est d’ailleurs la situation qui se présentait dans l’affaire *Ciment du Saint-Laurent* par exemple. Même si les membres du groupe en question avaient subi un préjudice d’intensité différente, notre Cour a confirmé qu’on pouvait inférer que chacun des membres avait subi un préjudice compte tenu d’éléments communs aux membres.

[55] Ce n’est qu’une fois prouvée l’*existence* d’un préjudice personnel chez chacun des membres du groupe que le juge s’attarde à évaluer l’*étendue* du préjudice et à choisir le mode de recouvrement, individuel ou collectif, approprié. À défaut de

If personal injury is not proved, the class action must be dismissed. Thus, contrary to what is argued by the appellant, the possibility of ordering individual recovery of damages does not relieve the plaintiff of the burden of first proving that each member of the group sustained personal injury. In other words, the recovery method cannot make up for the absence of personal injury.

[56] The various factors used to determine whether such injury has been sustained must now be considered.

(3) Factors Used to Determine Whether Personal Injury Has Been Sustained

[57] In any action in defamation, injury is proved if the plaintiff satisfies the judge that the impugned comments are defamatory, that is, that an ordinary person would believe that they tarnished the plaintiff's reputation. The same test is used where the comments apply *a priori* to a group of individuals, but special attention will then have to be paid to the personal nature of the injury. The plaintiff or plaintiffs must prove that an ordinary person would have believed that each of them personally sustained damage to his or her reputation.

[58] The judge must thus analyse the impugned comments, taking into account all the circumstances in which they were made. Although it is impossible to draw up an exhaustive list of the criteria used to determine whether personal injury has been sustained, a number of factors can nevertheless help the judge in this process. Very similar factors are used for this purpose in the countries to which Canada and Quebec look for comparative law purposes. They have to do with the affected group, the comments made and the circumstances extrinsic to the comments or gestures. These factors provide guidance in determining whether one, some or all members of the group have sustained personal injury as a result of the impugned comments or gestures. This list is not exhaustive, however, and none of the factors it contains is determinative on its own.

preuve d'un préjudice personnel, le recours collectif doit être rejeté. Ainsi, et contrairement à la prétention de l'appellant, la possibilité d'ordonner un recouvrement individuel des dommages-intérêts ne déleste pas le demandeur du fardeau de prouver, en premier lieu, l'existence d'un préjudice personnel chez tous les membres du groupe. En d'autres mots, le mode de recouvrement ne permet pas de suppléer à l'absence de préjudice personnel.

[56] Il reste maintenant à examiner les différents facteurs qui permettent de déterminer l'existence d'un tel préjudice.

(3) Facteurs permettant de déterminer l'existence d'un préjudice personnel

[57] Dans toute action en diffamation, le préjudice est établi si le demandeur convainc le juge que les propos litigieux sont diffamatoires, c'est-à-dire qu'un citoyen ordinaire estimerait qu'ils ont terni la réputation du demandeur. Ce même critère s'applique lorsque les propos visent *a priori* un groupe d'individus, mais une attention spéciale doit alors être portée au caractère personnel du préjudice. Le ou les demandeurs doivent démontrer qu'un citoyen ordinaire aurait cru que chaque personne a été victime personnellement d'une atteinte à sa réputation.

[58] Le juge doit alors analyser les propos litigieux en tenant compte de l'ensemble des circonstances dans lesquelles ils s'insèrent. Bien qu'il soit impossible de dresser la liste exhaustive des critères servant à vérifier l'existence d'un préjudice personnel, un certain nombre de facteurs peuvent tout de même aider le juge dans son analyse. À cet égard, on remarque une grande similitude entre les facteurs retenus dans les pays vers lesquels le Canada, et le Québec, se tournent en matière de droit comparé. Ils ont trait au groupe visé, aux propos tenus et aux circonstances extrinsèques aux propos ou gestes. Ces facteurs fournissent des pistes d'analyse permettant de déterminer si un membre du groupe, certains d'entre eux ou encore l'ensemble de ceux-ci ont subi un préjudice personnel du fait des propos ou gestes litigieux. Cette liste n'est toutefois pas exhaustive et aucun des facteurs qu'elle contient n'est à lui seul déterminant.

(i) *Size of the Group*

[59] The size of the group is the factor to which the courts have attached the greatest importance in Quebec and elsewhere. Generally speaking, it is recognized that the larger the group, the more difficult it is to prove that personal injury has been sustained by the member or members bringing the action.

[60] In Quebec, the leading case on defamation resulting from comments made about a group is *Ortenberg v. Plamondon* (1915), 24 B.R. 69, 385 (C.A.). In that case, Mr. Ortenberg, a Jewish merchant, said that he had been defamed by a speech made by Mr. Plamondon, who had attacked Jews and their religion, called for a boycott of their businesses and predicted that the Jews of Quebec City would commit heinous crimes. Carroll J.A. found that, because of their small number (75 families out of a total population of 80,000), the members of Quebec City's Jewish community had all come under suspicion and therefore had a cause of action.

[61] The size of the group is a constant in the Quebec courts' analysis of whether an injury is personal (see, for example, *Zhang v. Chau*, 2008 QCCA 961, [2008] R.R.A. 523, leave to appeal refused, [2008] 3 S.C.R. xi; *Raymond v. Abel*, [1946] C.S. 251).

[62] In France, apart from certain statutory mechanisms whose singularity limits their usefulness for comparative purposes, the *Loi sur la presse* requires a personal interest and personal damage in order to claim compensation. When comments are made about a group, these requirements are satisfied if the group is [TRANSLATION] "small enough that each member can feel affected" (Cass. crim., January 29, 2008, *Bull. crim.*, No. 23, at p. 94). The Court of Cassation, for example, has found defamation where comments were made about a medical team made up of ten surgeons (Cass. crim., December 6, 1994, Dr. pénal 1995, comm. 93, obs. M. Véron). It also found that four members of a political action committee had been sufficiently

(i) *Taille du groupe*

[59] La taille du groupe constitue le facteur auquel les tribunaux ont accordé le plus d'importance, au Québec comme ailleurs. D'une manière générale, on reconnaît que plus le groupe est grand, plus il est difficile de démontrer que le ou les membres demandeurs ont subi un préjudice personnel.

[60] Au Québec, l'arrêt de principe en matière de diffamation fondée sur des propos tenus à l'endroit d'un groupe est *Ortenberg c. Plamondon* (1915), 24 B.R. 69, 385 (C.A.). Dans cette affaire, M. Ortenberg, un marchand juif, disait avoir été dif-famé par le discours de M. Plamondon, qui s'était attaqué aux Juifs et à leur religion, avait appelé au boycottage de leurs entreprises et avait prédi la commission de crimes odieux par les Juifs de la ville de Québec. Le juge Carroll a estimé que, du fait de leur nombre restreint (ils étaient 75 familles, sur une population totale de 80 000 personnes), les membres de la communauté juive de Québec avaient tous été frappés par le soupçon et bénéficiaient donc d'un droit d'action.

[61] La taille du groupe demeure une constante dans l'analyse que font les tribunaux québécois du caractère personnel du préjudice (voir, par exemple, *Zhang c. Chau*, 2008 QCCA 961, [2008] R.R.A. 523, autorisation d'appel refusée, [2008] 3 R.C.S. xi; *Raymond c. Abel*, [1946] C.S. 251).

[62] En France, hormis certains mécanismes prévus par la loi, dont le caractère particulier limite l'utilité pour les besoins de notre comparaison, la *Loi sur la presse* exige que la réparation soit accordée sur la base d'un intérêt et d'un dommage personnels. Lorsque les propos ont été tenus à l'endroit d'un groupe, ces exigences sont satisfaites si la collectivité est « suffisamment restreinte pour que chacun de ses membres puisse se sentir atteint » (Cass. crim., 29 janvier 2008, *Bull. crim.*, n° 23, p. 94). La Cour de cassation a par exemple qualifié de diffamatoires des propos tenus à l'endroit d'une équipe médicale formée de dix chirurgiens (Cass. crim., 6 décembre 1994, Dr. pénal 1995, comm. 93, obs. M. Véron). Elle a aussi conclu que

covered by comments referring to the committee (Cass. crim., January 16, 1969, *Bull. crim.*, No. 35). However, it dismissed an action in defamation where the impugned comments concerned Catholic clergy in general (Cass. crim., November 22, 1934, D.P. 1936.1.27, note M. Nast).

[63] In the common law, the comments must have been made “of and concerning” the plaintiff (*Knupffer v. London Express Newspaper, Ltd.*, [1944] A.C. 116 (H.L.), at p. 120; *Butler v. Southam Inc.*, 2001 NSCA 121, 197 N.S.R. (2d) 97, at para. 17; *Restatement of the Law, Second, Torts 2d* (1977), vol. 3, § 564). This corresponds to the personal nature of injury in the civil law. The size of the group is an important consideration (*Butler v. Southam*, at para. 62; *Bai v. Sing Tao Daily Ltd.* (2003), 226 D.L.R. (4th) 477 (Ont. C.A.), at para. 15). For example, in *Knupffer*, the British House of Lords held that a member of a group of about 2,000 Russian immigrants could not bring an action in defamation based on an article written about the group. As well, in the United States, no cause of action was found to arise from articles attacking a group of 27 teachers (*O’Brien v. Williamson Daily News*, 735 F. Supp. 218 (E.D. Ky. 1990)), comments made about 382 saleswomen (*Neiman-Marcus v. Lait*, 13 F.R.D. 311 (S.D.N.Y. 1952)) or allegations made about 637 fishermen (*Adams v. WFTV Inc.*, 24 Med. L. Rptr. 1350 (Fla. Cir. Ct. 1995), aff’d 691 So.2d 557 (Fla. Dist. Ct. App. 1997)). On the other hand, the Alberta Court of Queen’s Bench found that an article concerning correctional officers from the Fort Saskatchewan Correctional Centre, of whom there were about 200, was defamatory (*A.U.P.E. v. Edmonton Sun* (1986), 49 Alta. L.R. (2d) 141).

[64] However, the size of the group is not a decisive factor and must be balanced with other considerations. There is no maximum size beyond which the members of a group no longer have a cause of action in defamation. The personal nature of injury can be determined only through a contextual analysis. In the common law, this multi-factored approach involves assessing the “intensity of suspicion” the comments could create in the mind of a

quatre membres d’un comité d’action politique avaient été suffisamment visés par des propos référant au comité (Cass. crim., 16 janvier 1969, *Bull. crim.*, n° 35). Elle a par contre rejeté le recours en diffamation lorsque les propos litigieux portaient sur le clergé catholique en général (Cass. crim., 22 novembre 1934, D.P. 1936.1.27, note M. Nast).

[63] En common law, les propos doivent avoir été tenus « au sujet » du demandeur (*Knupffer c. London Express Newspaper, Ltd.*, [1944] A.C. 116 (H.L.), p. 120; *Butler c. Southam Inc.*, 2001 NSCA 121, 197 N.S.R. (2d) 97, par. 17; *Restatement of the Law, Second, Torts 2d* (1977), vol. 3, § 564), ce qui correspond au caractère personnel du préjudice en droit civil. La taille du groupe est une considération importante (*Butler c. Southam*, par. 62; *Bai c. Sing Tao Daily Ltd.* (2003), 226 D.L.R. (4th) 477 (C.A. Ont.), par. 15). Par exemple, dans l’affaire *Knupffer*, la Chambre des lords britannique a jugé qu’un article portant sur un groupe d’immigrés russes comptant environ 2 000 personnes ne permettait pas à un de ses membres d’exercer un recours en diffamation. De même, aux États-Unis, n’ont pas fait naître un droit d’action des écrits attaquant un groupe de 27 professeurs (*O’Brien c. Williamson Daily News*, 735 F. Supp. 218 (E.D. Ky. 1990)), des propos tenus à l’égard de 382 vendeuses (*Neiman-Marcus c. Lait*, 13 F.R.D. 311 (S.D.N.Y. 1952)) ou des allégations formulées à l’endroit de 637 pêcheurs (*Adams c. WFTV Inc.*, 24 Med. L. Rptr. 1350 (Fla. Cir. Ct. 1995), conf. par 691 So.2d 557 (Fla. Dist. Ct. App. 1997)). Par contre, la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta a qualifié de diffamatoire un texte portant sur les agents correctionnels du Fort Saskatchewan Correctional Centre, soit 200 personnes environ (*A.U.P.E. c. Edmonton Sun* (1986), 49 Alta. L.R. (2d) 141).

[64] La taille du groupe n’est toutefois pas un facteur décisif et elle doit être mise en balance avec d’autres considérations. Il n’existe d’ailleurs pas de taille limite au-delà de laquelle les membres d’un groupe n’ont plus de droit d’action en diffamation. Seule une analyse contextuelle permet de déterminer le caractère personnel du préjudice. En common law, cette approche multifactorielle se fait en évaluant l’[TRADUCTION] « intensité des

sensible person (*Butler v. Southam*, at para. 56, and *Gauthier v. Toronto Star Daily Newspapers Ltd.* (2004), 188 O.A.C. 211, leave to appeal refused, [2005] 1 S.C.R. ix), and it is used even in the United States, where the size of the group is more important than anywhere else. (See, for example, *McCullough v. Cities Service Co.*, 676 P.2d 833 (Okla. 1984); *Fawcett Publications, Inc. v. Morris*, 377 P.2d 42 (Okla. 1962), at pp. 51-52.)

(ii) *Nature of the Group*

[65] In general, the more strictly organized and homogeneous the group, the easier it will be to establish that the injury is personal to each member of the group. In *Jackson v. TCN Channel 9*, [2001] NSWCA 108 (AustLII), a case which involved determining whether a television program referring to outlaw bike gangs was defamatory, an Australian Court of Appeal found that the group's structure was a significant factor:

While “all lawyers” are members of the same profession, they are not members of a cohesive and disciplined group with a command structure such as a gang. The statement about “all lawyers” is an obvious over-generalisation which no reasonable reader or listener would understand applied or was intended to apply literally to every single member of the group.

On the other hand outlaw bik[er] gangs of the type described in the programme would only attract and retain members who accepted and were willing to conform to the prevailing culture and ethos of the gang. In my judgment the statements made in this programme are akin to statements about organised groups such as the SS, the Ku Klux Klan or the Mafia, rather than statements such as: “all lawyers are thieves”. It would be well open to a jury to conclude that general statements made about groups such as those applied, and would be understood to apply, to every member of those groups. [paras. 23-24]

[66] Conversely, the imputing of a single characteristic to all members of a group that is highly heterogeneous, has no specific organization or has flexible, broadly defined admission criteria would

soupons » que les propos éveillent dans l'esprit de la personne sensée (*Butler c. Southam*, par. 56, et *Gauthier c. Toronto Star Daily Newspapers Ltd.* (2004), 188 O.A.C. 211, autorisation d'appel refusée, [2005] 1 R.C.S. ix), et elle est suivie même aux États-Unis, là où la taille du groupe prend une importance plus grande que partout ailleurs. (Voir, par exemple, *McCullough c. Cities Service Co.*, 676 P.2d 833 (Okla. 1984); *Fawcett Publications, Inc. c. Morris*, 377 P.2d 42 (Okla. 1962), p. 51-52.)

(ii) *Nature du groupe*

[65] En général, plus le groupe est strictement organisé et homogène, plus il sera facile d'établir que le préjudice est personnel à chacun des membres du groupe. Dans *Jackson c. TCN Channel 9*, [2001] NSWCA 108 (AustLII), affaire où il s'agissait d'évaluer le caractère diffamatoire d'un reportage télévisé faisant état de bandes de motards hors-la-loi, une cour d'appel australienne a estimé que la structure du groupe constituait un élément significatif :

[TRADUCTION] Bien que « tous les avocats » appartiennent à la même profession, ils ne font pas partie d'un groupe tel un gang, qui se caractérise par sa cohésion, sa discipline et une structure de commandement. La remarque visant « tous les avocats » constitue de toute évidence une généralisation abusive, qu'aucun lecteur ou auditeur raisonnable ne considérerait applicable — ou censée s'appliquer — littéralement à chacun des membres de ce groupe.

En revanche, les bandes de motards criminalisées dont il était question dans l'émission n'attireraient et ne recruteraient que des membres en accord avec la culture et l'éthos de la bande, et disposées à s'y conformer. À mon avis, les affirmations faites dans cette émission s'apparentent davantage à des déclarations à propos de groupes organisés comme les SS, le Ku Klux Klan ou la mafia, qu'à des propos du genre « tous les avocats sont des voleurs ». Il serait loisible à un jury de conclure que des déclarations générales faites à propos de tels groupes s'appliquent à chacun de leurs membres, et elles seraient interprétées en ce sens. [par. 23-24]

[66] Réciproquement, l'imputation d'une caractéristique unique à tous les membres d'un groupe très hétérogène, sans organisation précise ou appliquant des critères d'admission souples et définis

make an allegation of personal injury implausible. For example, the Quebec Court of Appeal has dismissed actions in defamation based on comments made about Scientology (*Cabay*) and the Falun Gong doctrine (*Zhang*).

[67] Where the group's members are identifiable or very visible in the community, it will be easier to prove that they sustained personal injury. In *A.U.P.E.*, for example, the Alberta trial court noted that correctional officers could easily be recognized by their uniforms and, from that fact, drew an inference in favour of the plaintiffs' position.

[68] Finally, in certain circumstances, the fact that a group has historically been stigmatized may mean that insults and offensive comments made about the group will stick more easily to its members. The vulnerability of the members of the group thus makes them targets more susceptible to personal defamation.

### (iii) *Plaintiff's Relationship With the Group*

[69] The plaintiff's status, duties, responsibilities or activities in the group can make it easier to prove personal injury. For example, in *Trahan v. Imprimerie Gagné Ltée*, [1987] R.J.Q. 2417 (Sup. Ct.), the Court of Québec found that the plaintiffs had been affected by comments made about fur traders because they occupied 90 to 98 percent of the market. Likewise, in *Booth v. British Columbia Television Broadcasting System* (1982), 139 D.L.R. (3d) 88, the British Columbia Court of Appeal held that allegations made about narcotics squad officers "that are high up — right up on top" (p. 90) had defamed two senior detectives. Since what distinguished the plaintiffs was their high rank, it might be more difficult for police officers without any special responsibilities or status to prove personal injury in similar circumstances. Indeed, in the same case, the Court of Appeal ruled against the other nine plaintiffs, who were lower-ranking employees of the narcotics squad.

largement rend peu plausible une allégation de préjudice personnel. Par exemple, la Cour d'appel du Québec a rejeté des actions en diffamation fondées sur des propos à l'endroit de la scientologie (*Cabay*) et de la doctrine du Falun Gong (*Zhang*).

[67] Lorsque les membres du groupe sont identifiables ou très visibles dans la communauté, la preuve d'un préjudice personnel sera facilitée en ce qui les concerne. Dans l'affaire *A.U.P.E.*, par exemple, la cour de première instance albertaine a noté que les agents correctionnels pouvaient être facilement reconnus par leur uniforme, et en a tiré une inférence favorable à la thèse des demandeurs.

[68] Finalement, le fait qu'un groupe soit historiquement stigmatisé pourra, en certaines circonstances, faire en sorte que les injures et propos offensants tenus à l'égard du groupe collent plus facilement à la peau de ses membres. La vulnérabilité des membres du groupe fera alors d'eux des cibles plus susceptibles de diffamation personnelle.

### (iii) *Lien du demandeur avec le groupe*

[69] Le statut, les fonctions, les responsabilités ou les activités du demandeur au sein du groupe pourront faciliter la preuve d'un préjudice personnel. Par exemple, dans l'affaire *Trahan c. Imprimerie Gagné Ltée*, [1987] R.J.Q. 2417 (C.S.), la Cour du Québec a estimé que les demandeurs étaient atteints par les propos tenus à l'encontre des commerçants de fourrure, puisqu'ils occupaient 90 à 98 pour cent du marché. De même, dans l'affaire *Booth c. British Columbia Television Broadcasting System* (1982), 139 D.L.R. (3d) 88, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que les allégations visant des officiers de l'escouade des narcotiques [TRADUCTION] « haut placés — tout en haut de la hiérarchie » (p. 90) étaient diffamatoires à l'égard de deux détectives haut gradés. Comme ce qui distinguait les demandeurs était leur haut rang, il pourrait s'avérer plus difficile pour de simples policiers sans responsabilité ou statut particuliers de démontrer un préjudice personnel dans des circonstances analogues. Dans la même affaire d'ailleurs, la Cour d'appel avait débouté les neuf autres demandeurs, employés de l'escouade des narcotiques de rang inférieur.

[70] A person who is a well-known member of a group is more likely to suffer damage to his or her reputation as a result of comments made about the group. In *Fawcett Publications*, a football player brought an action in defamation based on allegations that the members of the team, which had 60 to 70 players, had used amphetamines. He was successful on the ground, *inter alia*, that he was “well known and identified in connection with the group” (p. 51). Likewise, in *Trahan*, the Superior Court took note of the fact that the plaintiffs were known as fur traders in the area in reaching the conclusion that they had been defamed by allegations of abuse in the fur trade.

(iv) *Real Target of the Defamation*

[71] The judge must also consider the words, gestures or images used to convey the message in order to determine the real target of the attacks. The precision or generality of the allegations will influence the analysis of the personal nature of the injury. The more general, evasive and vague the allegations, the more difficult it will be to go behind the screen of the group. For example, attacks on a doctrine, policy, opinion or religion must be distinguished from attacks on the persons supporting it, since proving personal injury will be complicated in the former situation. In *Zhang*, the Quebec Court of Appeal explained the necessary distinction as follows:

[TRANSLATION] [W]hile it was the prerogative of the author of the articles to level criticism, even vehement criticism, at Li Hongzhi’s doctrine and the way it was practised by Falun Gong followers, the authors were guilty of defamation when they accused certain persons of criminal offences and perverse acts without any proof. [para. 13]

Similarly, in France, the Court of Cassation held that a document challenging right-wing extremism in general and associating it with criminal and racist purposes was not defamatory, because it [TRANSLATION] “contained no imputation or allegation of a specific fact about a specific natural or legal person” (Cass. crim., May 26, 1987,

[70] La notoriété d’une personne au sein d’un groupe la rendra plus vulnérable aux atteintes à sa réputation par des propos dirigés contre le groupe. Dans l’affaire *Fawcett Publications*, un joueur de football a intenté une action en diffamation à la suite d’allégations voulant que les membres de l’équipe, au nombre de 60 à 70 joueurs, aient consommé des amphétamines. Il a obtenu gain de cause sur la base, notamment, qu’il était [TRADUCTION] « bien connu et identifié à ce groupe » (p. 51). De même, dans l’affaire *Trahan*, la Cour supérieure avait pris note du fait que les demandeurs étaient connus comme marchands de fourrure dans la région, pour conclure qu’ils avaient été diffamés par les allégations d’abus dans le commerce de la fourrure.

(iv) *L’objet réel de la diffamation*

[71] Le juge doit aussi analyser les termes, gestes ou images utilisés pour véhiculer le message afin de déterminer l’objet réel des attaques. La précision des allégations ou, à l’inverse, leur caractère général influenceront l’analyse du caractère personnel du préjudice. Plus les allégations sont générales, évasives et imprécises, plus il sera difficile de traverser l’écran du groupe. Il faudra par exemple distinguer les attaques contre une doctrine, une politique, une opinion ou une religion de celles dirigées contre les personnes qui les défendent, puisque la preuve du préjudice personnel sera compliquée dans la première hypothèse. Dans l’affaire *Zhang*, la Cour d’appel du Québec a expliqué ainsi la nuance nécessaire :

[S]i l’auteur des textes avait le droit le plus strict de faire une critique, même véhémence, de la doctrine de Li Hongzhi et de la façon dont cette doctrine était pratiquée par les adeptes du Falun Gong, les auteurs faisaient de la diffamation lorsque, sans preuves, ils accusaient certaines personnes d’actes criminels et d’actes pervers. [par. 13]

De même, en France, la Cour de cassation a jugé qu’un écrit mettant en cause la doctrine d’extrême droite en général, l’associant à des visées criminelles à caractère raciste, ne constituait pas de la diffamation, puisqu’il « ne contenait aucune imputation ni allégation d’un fait précis à l’égard d’une personne physique ou morale déterminée »

*Bull. crim.*, No. 217, at p. 597). It also held that criticism of a type of agricultural production affected only the profession as a whole and left its members' reputations intact (Cass. crim., September 16, 2003, *Bull. crim.*, No. 161).

[72] Moreover, where allegations apply to only one segment of a group, it will be more difficult for them to reflect personally on all members of the group. This occurs where the comments include an expression such as "some", "a few", "several", "most" or "all but one". Nonetheless, an action in defamation can sometimes be brought by one, some or all members of the group in such situations, since what is required is not certainty that the allegation relates to each member, but a suspicion that takes root in the mind of the ordinary person. In *Farrington v. Leigh* (December 4, 1987, reported in the Times Law Report of December 10, 1987), which involved statements made about two of the seven police officers on a team, the English Court of Appeal found that the statements could tarnish each team member's reputation, because each of them might be *suspected* of having committed unlawful acts. In the United States, the courts have dismissed actions in defamation where the impugned comments concerned one of about twenty police officers (*Arcand v. Evening Call Publishing Co.*, 567 F.2d 1163 (1st Cir. 1977)) or less than the majority of police officers (*Algarin v. Town of Wallkill*, 421 F.3d 137 (2nd Cir. 2005)), but they have allowed actions where the allegations concerned "most" of 25 salesmen (*Neiman-Marcus*) and "all save one" of 12 New York radio critics (*Gross v. Cantor*, 270 N.Y. 93 (1936)).

(v) *Seriousness or Extravagance of the Allegations*

[73] As the Nova Scotia Court of Appeal stated in *Butler v. Southam*, "the more serious or inflammatory the allegation, the wider may be its sting" (para. 68). In *Farrell v. Triangle Publications, Inc.*,

(Cass. crim., 26 mai 1987, *Bull. crim.*, n° 217, p. 597). Elle a aussi décidé que des critiques à l'endroit d'un type de production agricole n'atteignaient que la profession considérée dans son ensemble, laissant la réputation de ses membres intacte (Cass. crim., 16 septembre 2003, *Bull. crim.*, n° 161).

[72] Par ailleurs, les allégations rejailliront moins facilement sur tous les membres de manière personnelle lorsque seul un segment du groupe est visé. Cette situation se présente lorsque les propos contiennent des expressions telles que « certains », « quelques », « plusieurs », « la plupart », « tous sauf un ». Pareilles situations peuvent tout de même parfois donner lieu à un recours en diffamation par un membre du groupe, certains d'entre eux ou encore l'ensemble du groupe, étant donné qu'on n'exige pas une démonstration que l'allégation porte en toute certitude sur chacun des membres, mais bien qu'un soupçon s'incruste dans l'esprit du citoyen ordinaire. Dans l'affaire *Farrington c. Leigh* (4 décembre 1987, rapportée dans le Times Law Report du 10 décembre 1987), portant sur des propos à l'égard de deux des sept policiers d'une équipe, la Cour d'appel anglaise a estimé que les propos pouvaient ternir la réputation de chacun des membres de l'équipe, en ce qu'ils pouvaient tous être *soupçonnés* d'avoir commis des actes illégaux. Aux États-Unis, les tribunaux ont rejeté les recours en diffamation lorsque les propos litigieux concernaient un policier parmi une vingtaine (*Arcand c. Evening Call Publishing Co.*, 567 F.2d 1163 (1st Cir. 1977)) ou moins de la majorité des policiers (*Algarin c. Town of Wallkill*, 421 F.3d 137 (2nd Cir. 2005)), mais elles ont accueilli les recours lorsque les allégations portaient sur [TRADUCTION] « la plupart des vingt-cinq vendeurs » (*Neiman-Marcus*) et sur [TRADUCTION] « tous les 12 critiques radio de New York sauf un » (*Gross c. Cantor*, 270 N.Y. 93 (1936)).

(v) *La gravité ou l'extravagance des allégations*

[73] Comme l'affirmait la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans *Butler c. Southam*, [TRADUCTION] « plus l'allégation est sérieuse ou provocante, plus il y a de personnes qui risquent



159 A.2d 734 (1960), the Pennsylvania Supreme Court held that an article accusing 13 municipal commissioners and other persons of criminal behaviour was not defamatory. Reversing that decision of the trial court, the Court of Appeal of the same state allowed the action in defamation on the following basis:

... readers ... who, prior to the defamatory article, had not known the identity of all of the township's commissioners, were impelled by the scandalous nature of the charges to make inquiry and find out who the commissioners were — a process which would almost inevitably lead to connecting the plaintiff's name with the alleged corruption in office. [pp. 738-39]

[74] In some circumstances, the seriousness of the allegations will have the opposite effect: an ordinary person will see exaggeration, excessive generalization or extravagance in the allegations and will give them less credence as a result. Thus, where there is no rational connection between an allegation and the members of a group, the statements made will not be accepted by an ordinary person because, as Lord Atkin explained in *Knupffer*, “the habit of making unfounded generalizations is ingrained in ill-educated or vulgar minds [and] the words are occasionally intended to be a facetious exaggeration” (at p. 122). For example, as Willes J. noted in *Eastwood v. Holmes* (1858), 1 F. & F. 347, 175 E.R. 758, at p. 759, an extravagant statement such as “all lawyers [are] thieves” would not generally entitle a lawyer to bring an action in defamation unless it could be inferred from other circumstances that the statement was directed at the lawyer in question and that he or she was identifiable.

[75] However, the fact that comments made by a rabble-rouser are outrageous would not protect him or her fully from actions in damages for defamation. As in any other case where comments are impugned, it is necessary to ensure that all the elements needed to establish entitlement to compensation have been proven. Indignation is not a

d'être éblouies » (par. 68). Dans l'affaire *Farrell c. Triangle Publications, Inc.*, 159 A.2d 734 (1960), la Cour suprême de la Pennsylvanie a jugé non diffamatoire un article accusant 13 commissaires municipaux et d'autres personnes de comportements criminels. Infirmant cette décision de première instance, la Cour d'appel de cet État a accueilli l'action en diffamation pour le motif suivant :

[TRADUCTION] [des lecteurs] qui ne connaissaient pas l'identité de tous les commissaires du canton avant la parution de l'article diffamatoire, ont été incités par la nature scandaleuse des accusations à se renseigner pour savoir qui ils étaient — démarche les amenant presque inévitablement à associer le nom du demandeur aux accusations de corruption au sein de l'administration. [p. 738-739]

[74] En certaines circonstances, la gravité des allégations aura l'effet inverse et le citoyen ordinaire y verra une exagération, une généralisation abusive ou des propos extravagants, et la foi qu'il leur accordera en sera diminuée. Ainsi, en l'absence de tout lien rationnel entre l'allégation et les membres du groupe, le citoyen ordinaire ne souscrira pas aux propos qui lui sont proposés, étant donné, comme l'expliquait Lord Atkin dans l'affaire *Knupffer*, que [TRADUCTION] « l'habitude de formuler des généralisations sans fondement est bien enracinée chez les esprits incultes ou vulgaires [et] que parfois les propos se veulent une exagération ironique » (p. 122). Par exemple, et pour reprendre les propos du juge Willes dans la décision *Eastwood c. Holmes* (1858), 1 F. & F. 347, 175 E.R. 758, p. 759, une affirmation extravagante telle [TRADUCTION] « tous les avocats sont des voleurs » ne permettrait généralement pas à un avocat d'exercer un recours en diffamation, à moins que d'autres circonstances permettent d'inférer que cet avocat était visé et identifiable.

[75] Cela dit, le caractère outrancier même des propos d'un aboyeur public ne saurait le mettre entièrement à l'abri des recours en dommages-intérêts pour diffamation. Comme dans tout autre cas où des propos sont contestés, il faut s'assurer que tous les éléments nécessaires pour établir le droit à la réparation sont réunis. L'indignation n'est

substitute for the requirements of civil proof or, more generally, the law of civil liability.

(vi) *Plausibility of the Comments and Tendency to Be Accepted*

[76] Generally speaking, a plausible or convincing allegation will capture the ordinary person's attention more and thus make it easier for that person to connect the allegation with each or some of the group's members personally. Conversely, the ordinary person will quickly brush aside implausible allegations without connecting them with the group's members personally.

[77] The context of an allegation also has an impact on its plausibility and on the likelihood of its being accepted. The fact that a group is big, that it is heterogeneous, or that the comments are general or exaggerated are all factors that will reduce the probability that the ordinary person would believe the assertion.

(vii) *Extrinsic Factors*

[78] Several other factors, related to the maker or target of the comments, the medium used and the general context, can cause comments that appear to be general to be attached to certain persons in particular and defame them personally. For example, in *Association des policiers de Sherbrooke v. Delorme*, [1997] R.J.Q. 2826, the Superior Court held, in light of the intended audience, the medium used and a past incident involving the defendant and a member of the plaintiff association, that the comments in issue, which appeared to be about police officers in general, actually targeted police officers in the city of Sherbrooke in particular. Moreover, the reliability of the medium used or the credibility of the person making the comments are additional factors that can lend plausibility to an allegation that may at first seem implausible.

pas un substitut aux exigences de la preuve civile ou, de façon plus générale, au droit de la responsabilité civile.

(vi) *Vraisemblance des propos et propension à emporter l'adhésion*

[76] De manière générale, une allégation plausible ou convaincante captera davantage l'attention du citoyen ordinaire, lui permettant ainsi plus facilement de faire le lien entre l'allégation et chacun ou certains des membres du groupe personnellement. À l'inverse, le citoyen ordinaire écartera rapidement de sa pensée les allégations invraisemblables, sans faire de lien entre celles-ci et les membres du groupe personnellement.

[77] La vraisemblance d'une allégation utilisée et sa capacité à emporter l'adhésion sont aussi influencées par le contexte. La grande taille du groupe, la composition hétérogène de celui-ci, ainsi que la généralité des propos et leur caractère exagéré sont autant d'éléments qui viennent réduire les probabilités que le citoyen ordinaire ajoute foi à l'affirmation.

(vii) *Facteurs extrinsèques*

[78] Plusieurs autres facteurs, liés à l'auteur ou au récepteur des propos, au médium utilisé ou au contexte général, peuvent faire en sorte que des propos, en apparence généraux, puissent en fait être rattachés à certaines personnes en particulier et les diffamer personnellement. Par exemple, dans l'affaire *Association des policiers de Sherbrooke c. Delorme*, [1997] R.J.Q. 2826, c'est à la lumière de l'auditoire visé, du médium utilisé et d'un incident passé mettant en cause le défendeur et un membre de l'association demanderesse que la Cour supérieure a jugé que les propos en cause, qui visaient en apparence les policiers en général, s'attaquaient en fait aux policiers de la ville de Sherbrooke en particulier. De plus, la fiabilité du médium utilisé ou la crédibilité de l'auteur des propos sont autant de facteurs additionnels pouvant militer en faveur de la plausibilité d'une allégation qui, à première vue, pourrait paraître invraisemblable.

[79] Ultimately, the court must not conduct a compartmentalized analysis or seek to find all the relevant criteria. What must be determined is whether an ordinary person would believe that the remarks, when viewed as a whole, brought discredit on the reputation of the victim. The general context remains the best approach for identifying personal attacks camouflaged behind the generality of an attack on a group.

### *C. Application to the Facts of the Case at Bar*

[80] Injury is the only one of the three elements of civil liability that is in issue in this case. The wrongful nature of Mr. Arthur's conduct is not in dispute. The respondents concede that, as the Court of Appeal found, [TRANSLATION] "the impugned comments, which we are not trying to excuse by invoking some journalistic standard of conduct, were made without regard for their potential impact on other people even though the person making them should have known that they were false, rude or exaggerated" (para. 27 of the reasons). The appellant is challenging the conclusion of the majority of the Court of Appeal that the members of the group did not sustain compensable injury. In light of the legal principles explained above, it is my opinion that the Court of Appeal's conclusion must be upheld.

[81] Mr. Arthur's comments were directed at the group made up of taxi drivers working in Montréal whose mother tongue is Arabic or Creole. Therefore, what needs to be asked is whether an ordinary person would have believed that the comments damaged the reputation of each member of that group, with the result that each of them sustained personal injury. At trial, to decide whether each member had been personally defamed, Guibault J. asked whether the drivers had all listened to the impugned comments. That approach does not apply in determining injury where the comments are made about a group, since it uses the defamed person as a measure of defamation and ascertains whether subjective injury has been proved by each member of the group individually. On the contrary, the defamatory nature of comments must be assessed objectively and, in a class action context,

[79] En bout de ligne, le tribunal ne doit pas procéder à une analyse compartimentée ni chercher à retrouver tous les critères. Il doit se demander si un citoyen ordinaire croirait que les propos, pris dans leur ensemble, ont déconsidéré la réputation de la victime. Le contexte général demeure la meilleure approche pour détecter les atteintes personnelles camouflées derrière la généralité d'une attaque contre un groupe.

### *C. Application aux faits de l'espèce*

[80] Parmi les trois éléments de la responsabilité civile, seul le préjudice est en cause en l'espèce. Le caractère fautif de la conduite de M. Arthur n'est pas contesté. Les intimés concèdent en effet que, comme l'a conclu la Cour d'appel, « les propos litigieux, que l'on ne cherche pas à excuser en invoquant une quelconque norme de conduite journalistique, ont été prononcés sans égard à leur impact potentiel sur autrui, alors que leur auteur aurait dû les savoir faux, indéliçats ou exagérés » (par. 27 de l'arrêt). L'appelant s'en prend, en fait, à la conclusion de la majorité de la Cour d'appel selon laquelle les membres du groupe n'ont pas subi de préjudice susceptible de réparation. À la lumière des principes juridiques expliqués ci-dessus, la conclusion de la Cour d'appel doit, à mon avis, être confirmée.

[81] Les propos de M. Arthur visaient le groupe formé des chauffeurs de taxi œuvrant à Montréal et dont la langue maternelle est l'arabe ou le créole. Par conséquent, il convient de se demander si un citoyen ordinaire aurait cru que ces propos ont porté atteinte à la réputation de chacun des membres de ce groupe, de telle sorte que chacun aurait subi un préjudice personnel. En première instance, pour décider si chacun des membres avait été personnellement diffamé, le juge Guibault s'est demandé si les chauffeurs avaient tous écouté les propos litigieux. Cette approche ne s'applique pas en matière de préjudice lorsque les propos visent un groupe, car elle retient la personne diffamée comme mesure de la diffamation et vérifie si chaque membre du groupe a fait une preuve individuelle de son préjudice subjectif. Au contraire, le caractère diffamatoire se mesure objectivement et,

personal injury can be proved through presumptions of fact on the basis of elements common to all members. This was the test rightly applied by the majority of the Court of Appeal (para. 69).

[82] Mr. Arthur made accusations of uncleanness, arrogance, incompetence, corruption and ignorance of official languages. By referring to Creole as speaking [TRANSLATION] “nigger”, he disparaged and expressed contempt for the language primarily used by Haitians to communicate with one another. As well, when he called drivers of Arab origin [TRANSLATION] “fakirs”, he made fun of and even ridiculed them. His comments were scornful and racist, as has been found by all the courts that have had to consider them. It is thus easy to understand why the taxi drivers who were called to testify at the hearing said they were hurt by those comments, but this is a subjective perception, not the perception of the ordinary person. There is no doubt that such statements constituted civil fault. However, in this case, I am persuaded by an analysis of the trial judgment and a review of the entire record that an ordinary person might have been annoyed by Mr. Arthur’s comments but could not have applied the insults, abuse and offensive accusations to each taxi driver personally.

[83] Admittedly, certain contextual elements work in favour of recognizing personal injury. The members of the group have the same job and are identifiable as taxi drivers when they are driving their vehicles. In interacting with the public or their coworkers, their accent may sometimes also make it possible to recognize their mother tongue. Moreover, they belong to visible minorities.

[84] Some of the words used by Mr. Arthur suggested that his attacks were directed more at Montréal taxi drivers whose mother tongue is Arabic or Creole than at the taxi industry in general. When Mr. Arthur used words such as [TRANSLATION] “Arabs”, “Haitians”, “immigrants”

dans le cadre d’un recours collectif, la preuve du préjudice personnel peut procéder par présomption de fait, sur la base d’éléments communs à tous les membres. C’est le critère qu’a appliqué, à juste titre, la majorité de la Cour d’appel (par. 69).

[82] Monsieur Arthur a proféré des accusations de malpropreté, d’arrogance, d’incompétence, de corruption et de méconnaissance des langues officielles. En désignant le créole par l’expression « ti-nègre », il a déprécié et méprisé la langue que les Haïtiens utilisent principalement pour communiquer entre eux. De même, lorsqu’il a qualifié les chauffeurs d’origine arabe de « fakirs », il s’est moqué d’eux et les a même ridiculisés. Ces propos sont empreints de mépris et de racisme, ce qui a d’ailleurs été constaté par tous les tribunaux qui ont examiné les propos de M. Arthur. On comprend donc aisément pourquoi les chauffeurs de taxi appelés à témoigner à l’audience se sont dits blessés par ces propos. Il s’agit cependant là d’une perception subjective et non de la perception du citoyen ordinaire. Nul doute qu’un discours comme celui-là constituait une faute civile. Par contre, en l’espèce, l’analyse du jugement de première instance et la revue de l’ensemble du dossier me convainquent qu’un citoyen ordinaire, s’il pouvait être irrité par les propos de M. Arthur, ne pouvait pas reporter les insultes, injures et imputations outrageantes sur chacun des chauffeurs de taxi de manière personnelle.

[83] Certains éléments du contexte militent certes en faveur de la reconnaissance d’un préjudice personnel. Les membres du groupe partagent le même emploi et ils sont identifiables comme chauffeurs de taxi lorsqu’ils sont au volant de leur véhicule. Lors de leurs interactions avec le public ou leurs collègues, leur accent peut aussi parfois permettre de reconnaître leur langue maternelle. De plus, ils font partie de minorités visibles.

[84] Monsieur Arthur a utilisé certains mots qui laissaient croire que ses attaques ciblaient davantage les chauffeurs de taxi montréalais de langue maternelle arabe ou créole que l’industrie du taxi en général. Lorsque M. Arthur utilise des mots comme les « Arabes », les « Haïtiens », « des

or “drivers”, he seemed to be attacking more the drivers themselves, which favours the appellant’s position. However, at other times, the words used by Mr. Arthur gave the impression that he was criticizing the taxi industry in Montréal generally, a topic that, according to the trial judge, is [TRANSLATION] “of great interest to the population as a whole and to the tourist industry in particular” (para. 84). This was the case, *inter alia*, where allegations were made using the words [TRANSLATION] “taxis”, “taxis in Montréal” and “taxi issue”. As shown by *Sarrazin v. Duquette* (1935), 41 R. de J. 365 (Sup. Ct.), members of an industry will rarely be entitled to compensation on the basis of a general opinion about the industry, even if it is expressed in virulent terms. Nonetheless, even assuming that the words used by Mr. Arthur referred more generally to the drivers than to the taxi industry as a whole, and even though the members of the group may be identifiable, I must conclude based on the other contextual elements that the drivers’ personal reputations remained intact in the eyes of the ordinary person.

[85] First of all, the relevant group is of considerable size. The trial judge estimated that the group made up of Montréal taxi drivers whose mother tongue is Arabic or Creole has about 1,100 members. That is a large number. While I am not prepared to rule out the possibility that comments made about such a large group may in certain very specific circumstances reflect on each of its members personally, there are several reasons why that cannot be the case here.

[86] It is well known that the group in question is heterogeneous. Taxi drivers in general are not part of a structured or formalized association. Nor is there any indication that the group of drivers in question was organized in any special way that made it easier to recognize each of its members. Of course, the taxi drivers in question share a language and a job and belong to two visible minorities, but no one could reasonably believe that their common attributes extend to their personal knowledge of

immigrés » ou « des chauffeurs », il semble s’attaquer davantage aux chauffeurs eux-mêmes, ce qui favorise la thèse de l’appelant. Par contre, à d’autres occasions, les mots utilisés par M. Arthur donnaient l’impression d’une critique générale de l’industrie du taxi à Montréal, sujet qui est, selon les mots du juge de première instance, « d’un grand intérêt pour l’ensemble de la population et tout particulièrement pour l’industrie du tourisme » (par. 84). C’était le cas, entre autres, lorsque les allégations étaient portées par les mots « le taxi », « les taxis à Montréal » et le « dossier du taxi ». Comme l’illustre l’affaire *Sarrazin c. Duquette* (1935), 41 R. de J. 365 (C.S.), une opinion générale sur une industrie, même exprimée en mots virulents, fera difficilement naître un droit à la réparation pour les membres de cette industrie. Néanmoins, même en admettant que les mots utilisés renvoient plus généralement aux chauffeurs qu’à l’industrie du taxi en général, et en dépit du fait que les membres du groupe puissent être identifiables, les autres éléments contextuels me forcent à conclure que la réputation personnelle des chauffeurs est demeurée intacte aux yeux du citoyen ordinaire.

[85] Tout d’abord, la collectivité visée est d’une taille considérable. Le juge de première instance a estimé que le groupe formé des chauffeurs de taxi montréalais dont la langue maternelle est l’arabe ou le créole compte 1 100 membres. Il s’agit d’un nombre important. Quoique je ne sois pas prête à exclure que, dans certaines circonstances bien particulières, des propos visant un groupe aussi important pourraient rejaillir sur chacun de ses membres personnellement, cela ne saurait être le cas en l’espèce, et ce, pour plusieurs raisons.

[86] Le groupe visé est notoirement hétérogène. Les chauffeurs de taxi en général ne font pas partie d’une association structurée ou formalisée. Rien n’indique non plus que le groupe de chauffeurs en cause avait une organisation particulière facilitant la reconnaissance de chacun des membres. Les chauffeurs de taxi en cause partagent certes une langue et un emploi, en plus d’appartenir à deux minorités visibles, mais personne ne pouvait raisonnablement croire que les attributs qu’ils ont en

English and French, their knowledge of driving routes in the city of Montréal, their thoughtfulness with customers, their personal hygiene and the cleanliness of their vehicles. These are highly individual characteristics that do not readily lend themselves to generalization. Moreover, in Canada and in Montréal in particular, the taxi industry is open and, as in several other countries, fortunately or unfortunately, it is a fallback position for a large number of people whose vocational training in their country of origin is not recognized or who for some other reason do not find other employment. In such a heterogeneous group, it is implausible that all members would have the specific failings imputed to them by Mr. Arthur. Certain characteristics could be attributed to such a heterogeneous group only by extrapolation.

[87] Furthermore, given Quebec's French language requirements and the origin of the drivers in question (drivers from Lebanon and Haiti testified at the trial), Mr. Arthur's general allegation concerning language was unlikely to reflect on each driver. Mr. Arthur's statements conveyed the message that taxi drivers whose mother tongue is Arabic or Creole should be blamed for all the problems he said existed in the taxi industry in Montréal. There is simply nothing rational about this suggestion, as the trial judge pointed out (para. 87).

[88] Moreover, the impugned comments were subjective in tone and were an extreme generalization. Apart from a single unsatisfactory personal experience that Mr. Arthur recounted, without identifying any driver, the assertions were general and vague. The comments often took the form of questions and set out no specific facts. Instead, they alluded briefly to uncleanness, corruption, incompetence, etc. Mr. Arthur's comments could only stem from an intolerance of immigrants in general.

commun s'étendent à leur connaissance individuelle des langues française et anglaise, à leur maîtrise des trajets routiers de la ville de Montréal, à leur délicatesse avec les clients ou aux soins qu'ils apportent à leur personne ou à leur véhicule. Il s'agit là de caractéristiques hautement individuelles qui se prêtent mal à des généralisations. De plus, au Canada et à Montréal en particulier, l'industrie du taxi est ouverte et est, comme dans plusieurs autres pays, malheureusement ou heureusement, une position de repli pour un grand nombre de personnes dont la formation professionnelle acquise dans leur pays d'origine n'est pas reconnue ou qui, pour toute autre raison, ne trouvent pas d'autre emploi. Bref, dans un groupe aussi hétérogène, il est peu plausible que tous partagent les défauts particuliers imputés par M. Arthur. L'attribution de certaines caractéristiques à un groupe aussi hétérogène ne pouvait donc relever que de l'extrapolation.

[87] Par ailleurs, compte tenu des exigences du Québec à l'égard de la langue française et de l'origine des chauffeurs visés (à l'audience en première instance, des chauffeurs provenant du Liban et de Haïti ont témoigné), l'allégation générale de M. Arthur concernant la langue est peu susceptible de rejaillir sur chacun des chauffeurs. Le discours de M. Arthur transmettait le message que les chauffeurs de taxi dont la langue maternelle est l'arabe ou le créole doivent porter le blâme de tous les maux qui, selon lui, affligent l'industrie du taxi à Montréal. Cette suggestion n'a tout simplement rien de rationnel, comme l'a d'ailleurs souligné le juge de première instance (par. 87).

[88] De plus, les propos litigieux se situaient dans un registre subjectif et tenaient d'une généralisation outrancière. À l'exception d'une seule expérience personnelle insatisfaisante relatée par M. Arthur, et pour laquelle il n'a identifié aucun chauffeur, les assertions étaient générales et vagues. Les propos se présentaient souvent sous forme de questions et ne faisaient état d'aucun fait précis. Ils renvoyaient plutôt, en des termes sommaires, à des allusions de malpropreté, de corruption, d'incompétence, etc. Les propos de M. Arthur ne peuvent que tenir de l'intolérance à l'endroit des immigrants en général.

[89] In addition, Mr. Arthur was a known polemicist in the area where his show was broadcast. He had become known for his distasteful and provocative language. The radio show during which the impugned comments were broadcast had a satirical style and tried to sensationalize things. This is not intended as a value judgment on shock jock radio, but the context of such shows does have an impact on the real effect of comments made on them. People cannot of course use their general tendency to speak in bad taste as an excuse to defame others on air, but it must be acknowledged that comments made by Mr. Arthur in such a context have very little plausibility from the point of view of the ordinary person.

[90] In light of these factors, I am of the opinion that an ordinary person would have understood the extravagant nature of the comments made. Mr. Arthur's allegations were undoubtedly serious and infuriating, but an ordinary person would nonetheless have recognized that they were an excessive generalization on the part of the host, based on an unpleasant personal experience. An ordinary person would not have believed the offensive allegations and would not have thought that Mr. Arthur was vouching for the validity of his racist and contemptuous insults. An ordinary person certainly would not have associated the allegations of ignorance, incompetence, uncleanness, arrogance and corruption with each taxi driver whose mother tongue is Arabic or Creole personally.

[91] In *Gauthier v. Toronto Star Daily Newspapers Ltd.* (2003), 228 D.L.R. (4th) 748, a defamation case involving an allegation of reprehensible behaviour by members of a group — the Toronto police — the Ontario Superior Court stated the following:

In some cases both the size of the class and the extravagance of the allegedly defamatory statements will indicate that they cannot have been intended — and should not be understood — to apply to each and every member of the class. Statements such as “all lawyers are thieves” and “all police officers are racists” would fall within this category which Lord Atkin described as consisting of vulgar and unfounded generalizations. [para. 21]

[89] Au surplus, M. Arthur était un polémiste connu de la région où était diffusée son émission. Il s'était fait connaître pour son langage disgracieux et provocateur. L'émission de radio dans le cadre de laquelle les propos litigieux ont été diffusés adoptait un style pamphlétaire, cherchant le sensationnalisme. Il ne s'agit pas ici de porter un jugement de valeur sur la radio-provocation, mais le contexte de telles émissions a une incidence sur l'effet réel des propos qui y sont tenus. Une personne ne saurait certes s'autoriser de sa tendance générale à verser dans le mauvais goût pour diffamer autrui sur les ondes, mais il faut reconnaître que le caractère vraisemblable des propos tenus par M. Arthur dans un tel contexte est très faible du point de vue du citoyen ordinaire.

[90] Tenant compte de ces facteurs, je suis d'avis que le citoyen ordinaire aurait compris l'extravagance des propos. Les allégations de M. Arthur étaient assurément graves et exaspérantes, mais le citoyen ordinaire y aurait tout de même reconnu une généralisation excessive formulée par l'animateur à partir d'une expérience personnelle déplaisante. Ce citoyen n'aurait pas ajouté foi aux allégations offensantes et il n'aurait pas considéré M. Arthur comme caution du bien-fondé de ses insultes racistes et méprisantes. Il n'aurait sûrement pas associé les allégations d'ignorance, d'incompétence, de malpropreté, d'arrogance et de corruption à chacun des chauffeurs de taxi de langue maternelle arabe ou créole individuellement.

[91] Dans l'affaire *Gauthier c. Toronto Star Daily Newspapers Ltd.* (2003), 228 D.L.R. (4th) 748, une affaire de diffamation pour allégation de comportements répréhensibles de la part des membres d'un groupe — la police de Toronto — la Cour supérieure ontarienne a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] Dans certains cas, à la fois la taille du groupe et l'extravagance des propos diffamatoires reprochés indiqueront que ceux-ci n'étaient pas censés viser chacun des membres du groupe, et ne devraient pas être considérés comme tels. Les affirmations du genre « tous les avocats sont des voleurs » et « tous les agents de police sont racistes » entreraient dans la catégorie constituée, comme l'explique lord Atkin, des généralisations non fondées et vulgaires. [par. 21]

In my opinion, allegations that all taxi drivers whose mother tongue is Arabic or Creole are incompetent, unclean, arrogant and corrupt also fall within that category.

[92] In short, having regard to all of the circumstances, I find that the group is of considerable size and is heterogeneous, that the characteristics attributed to the members of the group are individual and do not lend themselves well to extrapolation, and that the remarks are an extreme, irrational and sensationalist generalization. Accordingly, an ordinary person, while sensitive to such excessive remarks, would not in my view have formed a less favourable opinion of each Arab or Haitian taxi driver, considered individually. I therefore conclude that Mr. Arthur's comments, while wrongful, did not damage the reputation of each Montréal taxi driver whose mother tongue is Arabic or Creole. The plaintiff did not prove that a personal injury was sustained by the members of the group.

[93] Moreover, I cannot endorse the conclusion of Guibault J., who in an attempt to make up for the absence of personal injury, awarded a collective remedy. It was no doubt because he considered himself bound by what Rayle J.A. had stated in her decision to authorize the bringing of the class action that he ordered the payment of damages despite the absence of proof of personal injury. However, the Court of Appeal's decision to authorize the class action did not limit his discretion as the judge responsible for deciding the merits of the action, especially since the legal test applicable at the stage of the application for authorization differs from the test applicable to the merits. Thus, given the absence of proof of personal injury, the respondents could not be found civilly liable and the judge ought to have dismissed the class action in defamation.

## VI. Conclusion

[94] I have no doubt that racist speech can have a pernicious effect on the opinions of members of

À mon avis, font aussi partie de cette catégorie d'allégations celles selon lesquelles tous les chauffeurs de taxi de langue maternelle arabe ou créole sont incompetents, malpropres, arrogants et corrompus.

[92] En somme, à la lumière de l'ensemble des circonstances, je retiens que le groupe est de taille importante et qu'il est hétérogène, que les attributs prêtés aux membres du groupe sont individuels et se prêtent mal aux extrapolations et que les propos relèvent d'une généralisation outrancière, irrationnelle et sensationnaliste. Par conséquent, quoique sensible à de telles remarques excessives, le citoyen ordinaire n'aurait pas à mon avis entretenu une opinion moins favorable à l'égard de chacun des chauffeurs de taxi arabes et haïtiens considérés individuellement. Je conclus donc que, bien que fautifs, les propos de M. Arthur ne portent pas atteinte à la réputation de chacun des chauffeurs de taxi montréalais dont la langue maternelle est l'arabe ou le créole. Le demandeur n'a pas prouvé qu'un préjudice personnel a été subi par les membres du groupe.

[93] Par ailleurs, je ne peux approuver la conclusion du juge Guibault, qui, en cherchant à suppléer à l'absence de préjudice personnel, a octroyé un redressement collectif. C'est sans doute parce qu'il se sentait lié par les propos de la juge Rayle dans sa décision sur l'autorisation d'exercer le recours collectif que le juge Guibault a ordonné le paiement de dommages-intérêts en dépit de l'absence de preuve de préjudice personnel. Or, la décision de la Cour d'appel autorisant le recours collectif ne restreignait pas son pouvoir d'appréciation à titre de juge chargé de statuer sur le fond du litige, d'autant plus que le critère juridique applicable à l'étape de la demande d'autorisation diffère de celui applicable au fond. En conséquence, vu l'absence de preuve du préjudice personnel, la responsabilité civile des intimés ne pouvait être retenue et le juge devait rejeter le recours collectif en diffamation.

## VI. Conclusion

[94] Je ne doute pas que le discours raciste puisse produire des effets pernicioeux sur l'opinion des



its audience. However, it should be noted that an action in defamation will not always be the appropriate recourse in cases concerning racism or discrimination. In the instant case, I am of the opinion that it is not the appropriate recourse. I would therefore dismiss the appeal. For the reasons given by the Court of Appeal on this question, no costs are awarded in this Court.

The following are the reasons delivered by

[95] ABELLA J. (dissenting) — Democracies cherish the right of their citizens to engage in public debate, and to express the widest possible range of views on the widest possible range of subjects. These views may be hugely unpopular. They may also be hugely influential. And they may be hugely hurtful. The right to express those views is not, however, tied to their popularity, influence, or insensitivity. It is tied to that most complicated of barometers: the nature and extent of their harmful impact. That is why we do not protect libellous statements. Or those promoting violence. Or hate.

[96] The challenge lies in how to strike the balance between the need to provide the widest possible scope for freedom of expression, with the need for a narrow interventionist role in those rare circumstances when the words are so deeply harmful that they are no longer entitled to the benefit of the freedom's protective scope. Context and content matter: there is a difference between yelling "fire" in a crowded theatre and yelling "theatre" in a crowded fire station.

[97] Canada's strength as a multiracial, multicultural and multireligious country flows from its ongoing ability to develop core and transcendent values that help unify the differences. Sometimes that means tolerating slings and arrows of misunderstanding that will be hurtful. And sometimes it means drawing a line because tolerating the "misunderstanding" undermines the core of our core values.

membres de l'auditoire. Toutefois, il convient de souligner qu'une action en diffamation ne sera pas, à tout coup, le recours approprié dans les cas de racisme ou de discrimination. En l'espèce, je suis d'avis qu'il ne l'est pas. Je rejetterais donc le pourvoi. Pour les mêmes motifs que ceux de la Cour d'appel sur cette question, aucuns frais ne sont accordés pour l'appel devant notre Cour.

Version française des motifs rendus par

[95] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Les démocraties chérissent le droit de leurs citoyens de débattre sur la place publique et d'exprimer la plus grande diversité d'opinions possible sur le plus grand nombre de sujets possible. Ces opinions peuvent être extrêmement impopulaires. Elles peuvent aussi avoir une influence extrêmement grande. Et elles peuvent être extrêmement blessantes. Le droit d'exprimer ces opinions n'est toutefois pas lié à leur degré de popularité, d'influence ou de délicatesse, mais fonction de baromètres des plus complexes : la nature et l'ampleur de leur effet préjudiciable. C'est pourquoi nous ne protégeons pas les propos diffamatoires. Ni ceux qui fomentent la violence. Ou la haine.

[96] La difficulté consiste à trouver un équilibre entre la nécessité de donner la plus grande portée possible à la liberté d'expression et celle d'intervenir dans les rares circonstances où des propos sont si profondément préjudiciables qu'ils ne peuvent bénéficier de la protection accordée à la liberté d'expression. Il faut tenir compte à la fois du contexte et du contenu : crier « au feu » dans une salle de théâtre bondée et crier « théâtre » dans un poste d'incendie bondé sont deux choses différentes.

[97] La force d'un Canada multiracial, multiculturel et multiconfessionnel découle de sa capacité constante à véhiculer des valeurs fondamentales qui transcendent les différences et ont un effet unificateur. Cela veut dire qu'il faut parfois tolérer la douloureuse volée de pierres et de flèches de l'incompréhension. Et cela veut dire qu'il faut parfois imposer une limite lorsque tolérer l'incompréhension ébranlerait le fondement même de nos valeurs fondamentales.

[98] I see the comments made by radio talk show host André Arthur as undermining that core. He stated, in part:

[TRANSLATION] Why is it that there are so many incompetent people and that the language of work is Creole or Arabic in a city that's French and English? . . . I'm not very good at speaking "nigger". . . . [T]axis have really become the Third World of public transportation in Montreal. . . . [M]y suspicion is that the exams, well, they can be bought. You can't have such incompetent people driving taxis, people who know so little about the city, and think that they took actual exams. . . . Taxi drivers in Montreal are really arrogant, especially the Arabs. They're often rude, you can't be sure at all that they're competent and their cars don't look well maintained.

[99] As Deschamps J. pointed out, the right to freedom of expression in Canadian and Quebec law and in various human rights instruments is not articulated as an absolute right. Limitations on the right to freedom of expression, like those designed to protect reputation or to prevent harmful speech, have long been accepted in this country and internationally. Canada is a party to the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976, No. 47, for example, which states in Article 19 that the right to freedom of expression may be limited if necessary to protect the rights and reputation of others.

[100] The law of defamation is one such limitation, as McLachlin C.J. pointed out in *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640:

. . . freedom of expression is not absolute. One limitation on free expression is the law of defamation, which protects a person's reputation from unjustified assault. The law of defamation does not forbid people from expressing themselves. It merely provides that if a person defames another, that person may be required to pay damages to the other for the harm caused to the other's reputation. [para. 2]

(See also *Prud'homme v. Prud'homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663, at para. 43; *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R.

[98] J'estime que les propos tenus par M. André Arthur, l'animateur radio, ébranlent ce fondement. En voici un extrait :

Comment ça se fait qu'il y a tant d'incompétents puis que la langue de travail c'est le créole puis l'arabe dans une ville qui est française et anglaise? [. . .] [M]oi, je ne suis pas bien bon à parler « ti-nègre ». [. . .] Le taxi est devenu vraiment le [. . .] le [. . .] le Tiers Monde du transport en commun à Montréal. [. . .] Moi, mon [. . .] mon doute, c'est que les examens, bien, ils s'achètent. Tu ne peux pas avoir des gens aussi incompetents sur le taxi, des gens aussi ignorants de la ville, et croire que ces gens-là ont passé des vrais examens. [. . .] Ils sont arrogants, les taxis de Montréal, en particulier les Arabes, sont arrogants, ils sont très souvent grossiers. On est pas du tout certain qu'ils sont compétents et les voitures n'ont pas l'air bien entretenues.

[99] Comme l'a souligné la juge Deschamps, le droit à la liberté d'expression reconnu en droit canadien et québécois et par divers instruments en matière de droits de la personne ne constitue pas un droit absolu. Les restrictions à l'exercice de ce droit, comme celles visant à protéger la réputation ou à empêcher les propos préjudiciables, sont depuis longtemps acceptées au pays et à l'échelle internationale. Par exemple, le Canada est partie au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976, n° 47, dont l'article 19 précise que le droit à la liberté d'expression peut être limité au besoin pour assurer le respect des droits et de la réputation d'autrui.

[100] Le droit en matière de diffamation constitue l'une de ces restrictions, comme l'a indiqué la juge en chef McLachlin dans *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640 :

La liberté d'expression n'est [. . .] pas absolue. Elle est limitée notamment par le droit en matière de diffamation, qui protège la réputation personnelle contre les attaques injustifiées. Les règles relatives à la diffamation n'interdisent pas aux gens de s'exprimer. Elles posent simplement que quiconque porte atteinte à la réputation d'autrui pourra être tenu de réparer le tort causé. [par. 2]

(Voir également *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 43; *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2

420, at para. 2, *per* Binnie J.; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, *per* Dickson C.J.)

[101] It is my respectful view, unlike that of Deschamps J., that the individuals in the group at issue were defamed.

[102] In *Prud'homme*, L'Heureux-Dubé and LeBel JJ. noted that in order to prove defamation under the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, it was necessary for a plaintiff to prove that the defendant had committed a fault and that the plaintiff had suffered an injury as a result. Defamation was defined as follows:

Generally speaking, . . . defamation [TRANSLATION] “consists in the communication of spoken or written remarks that cause someone to lose in estimation or consideration, or that prompt unfavourable or unpleasant feelings toward him or her” . . . [para. 33]

[103] In order to show fault, a plaintiff must show that the conduct of the defendant was either malicious or negligent (*Prud'homme*, at para. 35). Mr. Arthur did not contest fault before the Court of Appeal or this Court, and causality is not in issue. The sole issue before us, therefore, and the one that, with great respect, separates me from the conclusion reached by Deschamps J., is whether there is injury.

[104] LeBel J. set out the test for injury in *Gilles E. Néron Communication Marketing Inc. v. Chambre des notaires du Québec*, 2004 SCC 53, [2004] 3 S.C.R. 95, where he said:

. . . in order to prove injury the plaintiff must convince the judge that the impugned remarks were defamatory. As noted in *Prud'homme*, *supra*, at para. 34, this involves asking “whether an ordinary person would believe that the remarks made, when viewed as a whole, brought discredit on the reputation of another person”. [para. 57]

The question is whether an ordinary person would believe that the remarks made, when viewed as a whole, brought discredit to someone's reputation. Once this objective standard is met, injury is established.

R.C.S. 420, par. 2, le juge Binnie; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, le juge en chef Dickson.)

[101] Contrairement à la juge Deschamps, je suis d'avis que les personnes appartenant au groupe visé ont été diffamées.

[102] Dans l'arrêt *Prud'homme*, les juges L'Heureux-Dubé et LeBel ont souligné que, pour prouver la diffamation sous le régime du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, le demandeur doit démontrer que le défendeur a commis une faute et que cette faute a causé un préjudice au demandeur. La diffamation a été définie de la façon suivante :

De façon générale, [. . .] la diffamation « consiste dans la communication de propos ou d'écrits qui font perdre l'estime ou la considération de quelqu'un ou qui, encore, suscitent à son égard des sentiments défavorables ou désagréables » . . . [par. 33]

[103] Pour établir la faute, le demandeur doit démontrer que la conduite du défendeur était malveillante ou négligente (*Prud'homme*, par. 35). Monsieur Arthur n'a pas contesté devant la Cour d'appel ni devant notre Cour qu'il avait commis une faute et le lien de causalité n'est pas en litige. Par conséquent, la seule question dont nous sommes saisis et sur laquelle je diverge d'opinion avec la juge Deschamps, malgré le respect que je lui porte, est de savoir s'il y a eu préjudice.

[104] Le juge Lebel a décrit le test à appliquer pour statuer sur l'existence d'un préjudice dans l'arrêt *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, 2004 CSC 53, [2004] 3 R.C.S. 95. Voici ce qu'il a dit :

. . . pour faire la preuve d'un préjudice, le demandeur doit convaincre le juge que les propos litigieux sont diffamatoires. Comme l'a fait observer notre Cour dans l'arrêt *Prud'homme*, précité, par. 34, cela signifie qu'il faut se demander « si un citoyen ordinaire estimerait que les propos tenus, pris dans leur ensemble, ont déconsidéré la réputation d'un tiers ». [par. 57]

Il faut donc se demander si un citoyen ordinaire estimerait que les propos en cause, pris dans leur ensemble, ont déconsidéré la réputation d'un tiers. Si le demandeur satisfait à cette norme objective, le préjudice est établi.

[105] At the outset, I resist, with respect, the degree of sophisticated knowledge Bich J.A., writing for the majority in the Court of Appeal, attributed to the “ordinary person”, whom she described as being

[TRANSLATION] concerned about protecting and preserving the freedoms of thought, belief, opinion and expression as well as the right to safeguard one’s reputation. Finally, the ordinary citizen is also concerned about personal dignity and is accordingly aware both of convictions, prejudices or discriminatory practices of certain of his or her fellow citizens and of the need not to encourage such attitudes. And the ordinary citizen also knows that, beyond the openly discriminatory opinions or practices of certain people, there is a systemic discrimination that, although less overt and not necessarily intentional, is no less real.

(2008 QCCA 1938, [2008] R.J.Q. 2356, at para. 71)

This, it seems to me, inappropriately elevates the attributed characteristics of an ordinary person to those of an ordinary third-year law student.

[106] In my view, an ordinary person would conclude that the remarks made by Mr. Arthur were defamatory of these plaintiffs and therefore injurious. Mr. Arthur’s comments were not about the taxi industry in general. He targeted only Arab and Haitian taxi drivers and accused them of creating “Third World” public transportation in Montréal, of corruption in obtaining their permits, of incompetence, and of keeping unsanitary cars. He also said that neither Arab nor Haitian drivers knew their way around the city and that they could not communicate in either English or French. He denigrated Arab taxi drivers as “fakirs” and the Creole language as [TRANSLATION] “nigger”.

[107] These were highly stigmatizing remarks attacking members of vulnerable communities. There is a difference between provocation or controversy, including offensive statements, and statements that deliberately vilify vulnerable people. The trial judge concluded that the comments in this case were racist. When we are dealing with hortatory language seriously uttered that is blatantly racist, we are inherently dealing with words that

[105] D’entrée de jeu, je me permets de mettre en doute le degré élevé de connaissances que la juge Bich, au nom des juges majoritaires de la Cour d’appel, reconnaît à ce « citoyen ordinaire », qu’elle décrit ainsi :

... une personne soucieuse de la protection et de la préservation des libertés de pensée, de croyance, d’opinion et d’expression tout autant que du droit à la réputation. Enfin, ce citoyen ordinaire est soucieux aussi de la dignité des personnes et conscient par conséquent tant de l’existence de convictions, de préjugés ou de pratiques discriminatoires chez certains de ses concitoyens que de la nécessité de ne pas encourager pareilles attitudes. Il sait aussi qu’au-delà des opinions ou pratiques ouvertement discriminatoires de certains, il existe une discrimination systémique, moins affichée et pas nécessairement intentionnelle, mais non moins réelle.

(2008 QCCA 1938, [2008] R.J.Q. 2356, par. 71)

À mon avis, cette description attribuée à tort, au citoyen ordinaire, des caractéristiques propres à un étudiant ordinaire en troisième année de droit.

[106] Selon moi, le citoyen ordinaire estimerait diffamatoires, et donc préjudiciables, les propos tenus par M. Arthur à l’endroit des demandeurs. Monsieur Arthur ne visait pas l’industrie du taxi en général. Il ciblait seulement les chauffeurs de taxi arabes et haïtiens, qu’il tenait responsables de la tiers-mondisation du transport public à Montréal et qu’il accusait de corruption pour l’obtention de permis, d’incompétence et de malpropreté dans les taxis. Il a également affirmé que les chauffeurs arabes et haïtiens ne connaissaient pas les rues de la ville et qu’ils étaient incapables de communiquer en anglais ou en français. Il a dénigré les Arabes en les taxant de « fakirs » et le créole en le traitant de « ti-nègre ».

[107] Ces propos stigmatisaient fortement des membres de communautés vulnérables. Il existe une différence entre la provocation ou la controverse, y compris par l’expression de propos offensants, et des déclarations qui vilipendent délibérément des gens vulnérables. Le juge de première instance a conclu que les propos reprochés en l’espèce étaient racistes. Des propos ouvertement racistes, lorsque leur auteur parle sérieusement,

diminish dignity and are an invitation to contempt. As Dickson C.J. stated in *Keegstra*, “[t]he threat to the self-dignity of target group members is . . . matched by the possibility that prejudiced messages will gain some credence, with the attendant result of discrimination, and perhaps even violence, against minority groups in Canadian society” (p. 748). Deschamps J. makes a similar point in her reasons when she notes that the fact that a group has been historically stigmatized may mean that offensive comments about that “group will stick more easily to its members” (para. 68).

[108] This brings us to the crucial fact that we are dealing with a group, and with whether the members can show that the defamatory words were such as to impugn not only the *group*, but also the plaintiffs as individuals in that group. This case was brought as a class action. Mr. Bou Malhab, the representative plaintiff, is a taxi driver and was, at the relevant time, the President of the Montréal Taxi League. He and ten other drivers testified at trial. In the case of a class action “the court can draw from the evidence a presumption of fact that the members of the group have suffered a similar injury” (*St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392, at para. 108). The requirement that each individual in the class demonstrate an injury caused by the statements is satisfied by having the representative plaintiff adduce evidence that the remarks made were, objectively, defamatory, and therefore injurious, of the members of the group. As in claims of discrimination, it is unnecessary that every member of the group testify that he or she has been affected. As LeBel J. noted in his concurring reasons in *WIC Radio*, “actual harm to reputation is not required to establish defamation” (para. 78). If the evidence adduced at trial demonstrates that the impugned statements are defamatory of the group members, it is unnecessary for each of the other individual group members to testify in order to show that they too were defamed.

constituent par nature une atteinte à la dignité et une invitation au mépris. Comme le dit le juge en chef Dickson dans l’affaire *Keegstra* : « La menace pour l’estime de soi chez les membres du groupe cible a [. . .] comme pendant la possibilité que les messages exprimant des préjugés trouvent une certaine créance, entraînant ainsi la discrimination et peut-être même la violence contre des groupes minoritaires de la société canadienne » (p. 748). La juge Deschamps présente un argument semblable dans ses motifs lorsqu’elle signale que, dans le cas d’un groupe historiquement stigmatisé, les propos offensants « à l’égard du groupe collent plus facilement à la peau de ses membres » (par. 68).

[108] Ce qui nous amène au fait, crucial, que nous sommes en présence d’un groupe et à la question de savoir si les membres du groupe peuvent démontrer que les propos diffamatoires étaient de nature à affecter non seulement le *groupe*, mais également les demandeurs en qualité de membres du groupe. Le pourvoi est issu d’un recours collectif. M. Bou Malhab, le représentant des demandeurs, est chauffeur de taxi et, au moment des faits, il était le président de la Ligue de taxi de Montréal. Il a témoigné au procès avec dix autres chauffeurs. Lorsqu’il est saisi d’un recours collectif, « [l]e tribunal peut [. . .] inférer de la preuve offerte une présomption de fait que les membres du groupe ont subi un préjudice similaire » (*Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 108). Pour satisfaire à l’obligation de démontrer que les déclarations ont causé un préjudice à chacun des membres du groupe, il suffit que le représentant des demandeurs prouve que, d’un point de vue objectif, les propos tenus étaient diffamatoires, et donc préjudiciables aux membres du groupe. Comme dans les cas de discrimination, chaque personne appartenant au groupe n’a pas à témoigner qu’elle a été atteinte. Ainsi que le soulignent les motifs concordants du juge LeBel, dans l’arrêt *WIC Radio*, « la démonstration [d’un dommage réel à la réputation] n’est pas nécessaire pour établir l’existence d’un cas de diffamation » (par. 78). Si la preuve présentée au procès démontre que les propos litigieux étaient diffamatoires envers les membres du groupe, chacun d’eux n’aura pas à témoigner pour établir la diffamation à son propre égard.

[109] I accept that the factors articulated by Deschamps J. in her reasons are helpful. I see the following as being of particular relevance in this case: the size and nature of the group; the “seriousness or extravagance of the allegations”; and the plausibility of the comments. As she notes, none of the factors is determinative and their synergetic impact will vary with each case. I disagree, however, that consideration of those factors leads to the conclusion that the individual group members in this case were not defamed.

[110] Under both the common law and civil law regimes, the fact that comments are aimed at a group is not, in itself, reason to deny a claim. If multiple individuals can show that they were defamed by the comments, each has a right of action. As the reasons of Deschamps J. make clear, the determination of whether the statements relate to each member of the group involves a contextual analysis of both the group and the comments. In both *Prud’homme* (at para. 38) and *Néron* (at para. 54), this Court spoke of the need to find the appropriate balance between the right to freedom of expression and the right to respect for one’s reputation. That need for balance does not change when it is alleged that individual members of a *group* were defamed by remarks directed at the group.

[111] Tort law is not normally concerned with the number of plaintiffs who claim injury. Neither the procedural vehicle used nor the ultimate difficulty in assessing damages in respect of multiple plaintiffs is reason in itself to deny a claim for defamation which is otherwise well founded. In this regard, I agree completely with the statement of Cromwell J.A. in *Butler v. Southam Inc.*, 2001 NSCA 121, 197 N.S.R. (2d) 97:

There are no special legal rules concerning individual claims of defamation based on statements made about a group: see, for example, Raymond E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (2nd ed. 1999), at pp. 324-325. In this sort of case, as in others, the fundamental question remains whether the statements

[109] Je reconnais l’utilité des facteurs énumérés par la juge Deschamps. Les suivants me semblent particulièrement pertinents en l’espèce : la taille et la nature du groupe; « la gravité ou l’extravagance des allégations » et la vraisemblance des propos. Comme ma collègue le fait remarquer, aucun des facteurs n’est déterminant, et leur incidence synergique variera dans chaque cas. À mon avis, on ne peut toutefois conclure, de l’examen de ces facteurs, que les membres du groupe n’ont pas été diffamés individuellement.

[110] Tant sous le régime de la common law que sous celui du droit civil, le fait que des propos visent un groupe ne justifie pas à lui seul le rejet d’une demande. Si plusieurs personnes peuvent démontrer qu’elles ont été diffamées par les propos en cause, elles ont chacune un droit d’action. Comme la juge Deschamps le dit clairement dans ses motifs, pour déterminer si les propos se rapportent à chacun des membres du groupe, il faut procéder à une analyse contextuelle du groupe et des déclarations. Dans les arrêts *Prud’homme* (par. 38) et *Néron* (par. 54), notre Cour a évoqué la nécessité de trouver le juste équilibre entre le droit à la liberté d’expression et le droit à la sauvegarde de la réputation. Cette nécessité demeure lorsqu’il s’agit de déterminer si les membres d’un *groupe* ont été diffamés individuellement par des commentaires dirigés contre le groupe.

[111] Le droit de la responsabilité délictuelle n’accorde généralement pas d’importance au nombre de demandeurs qui invoquent un préjudice. Ni le véhicule procédural utilisé, ni la difficulté de fixer en définitive le montant des dommages-intérêts à accorder aux nombreux demandeurs ne suffisent à justifier le rejet d’une demande pour diffamation par ailleurs bien fondée. À cet égard, je suis entièrement d’accord avec le juge Cromwell lorsqu’il affirme ce qui suit, dans *Butler c. Southam Inc.*, 2001 NSCA 121, 197 N.S.R. (2d) 97 :

[TRANSLATION] Aucune règle de droit spéciale ne s’applique aux demandes individuelles pour diffamation fondées sur des propos visant un groupe : voir, p. ex., Raymond E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (2<sup>e</sup> éd., 1999), p. 324-325. Dans de tels cas, comme dans les autres, la question fondamentale reste

could reasonably be found to be defamatory of the named plaintiffs. Some authorities in some jurisdictions have attempted to define the limit of liability by reference to the size of the group: see, for example, Joseph Tanenhaus, “Group Libel” (1950), 35 Cornell Law Quarterly 261, at 263 and Jeffrey S. Broome, “Group Defamation: Five Guiding Factors” (1985), 64 Texas Law Review 591, at 595 ff. However, *Knupffer*, the leading case in the Anglo-Canadian jurisprudence, holds that although the size of the group is relevant, it is not a controlling factor. Lord Atkin in that case stressed that the group aspect of the defamatory statements should not distract the court from the real issue, namely whether the published words refer to the plaintiff. [para. 53]

[112] As Justice Cromwell noted in *Butler*, the key common law case dealing with group defamation, is the decision of the House of Lords in *Knupffer v. London Express Newspaper, Ltd.*, [1944] A.C. 116. The Law Lords made it clear that it was possible for a plaintiff to succeed in a claim for defamation even when the defamatory comments referred to a group. They were unanimously of the view that such an action could succeed provided a plaintiff could show that the words referred to the plaintiff. This principle was clearly expressed by Lord Atkin:

There can be no law that a defamatory statement made of a firm, or trustees, or the tenants of a particular building is not actionable, if the words would reasonably be understood as published of each member of the firm or each trustee or each tenant. The reason why a libel published of a large or indeterminate number of persons described by some general name generally fails to be actionable is the difficulty of establishing that the plaintiff was, in fact, included in the defamatory statement, for the habit of making unfounded generalizations is ingrained in ill-educated or vulgar minds, or the words are occasionally intended to be a facetious exaggeration. Even in such cases words may be used which enable the plaintiff to prove that the words complained of were intended to be published of each member of the group, or, at any rate, of himself. [p. 122]

[113] The position in Quebec is similar, as *Ortenberg v. Plamondon* (1915), 24 B.R. 69, 385, demonstrates. In 1910, Jacques-Édouard

de savoir si les propos pourraient raisonnablement être jugés diffamatoires à l'égard des demandeurs nommément désignés. Des auteurs dans certains ressorts ont tenté de circonscrire la responsabilité en fonction de la taille du groupe : voir, p. ex., Joseph Tanenhaus, « Group Libel » (1950), 35 Cornell Law Quarterly 261, p. 263, et Jeffrey S. Broome, « Group Defamation : Five Guiding Factors » (1985), 64 Texas Law Review 591, p. 595 et suiv.). Toutefois, suivant *Knupffer*, l'arrêt de principe dans la jurisprudence anglo-canadienne, la taille du groupe, bien que pertinente, n'est pas déterminante. Dans cette affaire, lord Atkin a souligné que le fait que les propos diffamatoires visaient un groupe ne devait pas détourner l'attention du tribunal de la véritable question, soit celle de savoir si les propos publiés font référence au demandeur. [par. 53]

[112] Comme le dit le juge Cromwell dans *Butler*, l'arrêt de principe en common law en matière de diffamation à l'endroit d'un groupe est celui de la Chambre des lords dans *Knupffer c. London Express Newspaper, Ltd.*, [1944] A.C. 116. Les lords juges ont clairement établi qu'un demandeur peut avoir gain de cause dans une action pour diffamation même lorsque les propos diffamatoires visent un groupe. Ils étaient tous d'avis qu'une telle action pouvait être accueillie pourvu que le demandeur puisse démontrer que les propos s'appliquaient à lui. Ce principe a été clairement énoncé par lord Atkin :

[TRADUCTION] Aucune règle ne saurait empêcher que des déclarations diffamatoires au sujet d'une entreprise, de fiduciaires ou des locataires d'un immeuble en particulier donnent ouverture à une action, si l'on peut raisonnablement interpréter ces déclarations comme s'appliquant à chaque membre de l'entreprise, fiduciaire ou locataire. Si un libelle publié contre un grand nombre ou un nombre indéterminé de personnes désignées par un nom général ne donne habituellement pas ouverture à une action, c'est parce qu'il est difficile d'établir que le demandeur était réellement inclus dans les propos diffamatoires : car les esprits incultes ou vulgaires ont l'habitude de généraliser sans fondement ou, parfois, les propos ne se veulent qu'une exagération facétieuse. Même alors, les mots utilisés peuvent permettre au demandeur de prouver que les propos reprochés s'appliquaient à chaque membre du groupe, ou du moins, à lui personnellement. [p. 122]

[113] La position au Québec est similaire, comme le démontre l'arrêt *Ortenberg c. Plamondon* (1915), 24 B.R. 69, 385. En 1910, Jacques-Édouard

Plamondon had given a lecture in Quebec City during which he made statements attacking Jews. At the time of the lecture, there were about 75 Jewish households in Quebec City out of a population of about 80,000. Towards the end of his lecture, Mr. Plamondon invited the conference attendees to boycott Jewish businesses. A Jewish merchant, Benjamin Ortenberg, brought an action in defamation against Mr. Plamondon alleging that as a result of the lecture, he had been insulted and attacked and had lost part of his business clientele. In his defence, Mr. Plamondon argued that his statements were made about *all* Jews and that he had not singled out any individual.

[114] While the claim was initially dismissed, Mr. Ortenberg was successful on appeal and awarded modest damages. Carroll J. concluded that [TRANSLATION] “[i]n ascribing all the crimes of the Jewish race to this small community, the speaker was targeting them to a sufficient extent” (p. 74). According to Carroll J., “[t]his is not a case of an insult to a community that is large enough that the insult is lost in the crowd” (p. 75).

[115] As *Ortenberg* shows, it is not only the size of the group which is relevant, it is also the extent to which the group is sufficiently defined or easily identifiable such that each person in the group can be said to be affected. Or, as Cromwell J.A. said in *Butler*, the question is whether the group is so large as to be “indeterminate” (para. 72) (see also *A.U.P.E. v. Edmonton Sun* (1986), 49 *Alta. L.R.* (2d) 141 (Q.B.)).

[116] While the group targeted by the statements in this case was large, it was not so diffuse as to be indeterminate. Mr. Arthur’s criticisms were directed at Arab and Haitian taxi drivers in Montréal. This is a precisely defined and easily identified group.

[117] Secondly, these were serious accusations. Mr. Arthur’s allegations of corruption were particularly dramatic, including:

Plamondon a donné, à Québec, une conférence dans laquelle il attaquait les Juifs. À cette époque, la ville de Québec comptait environ 75 ménages juifs sur une population totale d’environ 80 000 habitants. Vers la fin de sa conférence, M. Plamondon a invité les participants à boycotter les entreprises juives. Un marchand juif, Benjamin Ortenberg, a intenté une action pour diffamation contre M. Plamondon. Il prétendait que, par suite de la conférence, il avait été insulté et attaqué et avait perdu une partie de sa clientèle. En défense, M. Plamondon a fait valoir que ses propos visaient *tous* les Juifs, et qu’il ne ciblait pas un individu en particulier.

[114] Bien que sa demande ait été initialement rejetée, M. Ortenberg a eu gain de cause en appel et s’est vu accorder des dommages-intérêts modestes. Le juge Carroll a conclu qu’en « imputant à cette collectivité restreinte tous les crimes de la race juive, on la visait suffisamment . . . » (p. 74). Selon le juge Carroll, « [c]e n’est pas le cas d’une injure adressée à une collectivité assez nombreuse pour qu’elle se perde dans le nombre » (p. 75).

[115] Comme le démontre l’arrêt *Ortenberg*, la taille du groupe n’est pas le seul facteur pertinent. Il faut aussi que le groupe soit suffisamment défini ou facilement identifiable pour qu’il soit possible de dire que chaque membre du groupe a été atteint. Ou, comme l’a affirmé le juge d’appel Cromwell dans *Butler*, la question est de savoir si le groupe est nombreux au point d’être [TRADUCTION] « indéterminé » (par. 72) (voir également *A.U.P.E. c. Edmonton Sun* (1986), 49 *Alta. L.R.* (2d) 141 (B.R.)).

[116] Bien que le groupe visé par les propos en l’espèce fût large, il n’était pas vague au point d’être indéterminé. Les critiques de M. Arthur visaient les chauffeurs de taxi arabes et haïtiens de Montréal. Il s’agit d’un groupe défini avec précision et facilement identifiable.

[117] Par ailleurs, il s’agissait d’accusations sérieuses. Les allégations de corruption faites par M. Arthur, dont celle reproduite ci-dessous, étaient particulièrement graves :



[TRANSLATION] My suspicion is that the exams, well, they can be bought. You can't have such incompetent people driving taxis, people who know so little about the city, and think that they took actual exams. When I see something like this, I can only think of corruption.

[118] As Guibault J. found, the suggestion that Arab and Haitian taxi drivers had obtained their taxi permits illegally along with Mr. Arthur's numerous other allusions to corruption in getting those permits [TRANSLATION] "was particularly insulting and hurtful" (para. 80).

[119] Mr. Arthur's comments were aimed at a determinate group of individuals who were of particular racial backgrounds in a particular industry and in a particular city, leading the trial judge to conclude:

[TRANSLATION] The general impression conveyed by the program is that problems with respect to taxis in Montréal are the fault of Arabs and Haitians, that they alone are responsible for those problems and that they must bear all the opprobrium for them. [para. 89]

The group was defined with sufficient precision and the statements specific enough to be harmful to the reputations of each of its members. If Mr. Arthur had named an individual taxi driver and accused him or her of similar corruption and incompetence, there seems to me to be little doubt that an ordinary person would find those comments to be defamatory and therefore injurious.

[120] Moreover, I do not accept that his listeners would have inevitably treated Mr. Arthur's statements as less plausible because of his reputation. I appreciate that Mr. Arthur was not averse to comments of a provocative nature, and that his listeners knew that he was given occasionally to making offensive statements. But I do not accept that Mr. Arthur's comments would necessarily be seen to be hyperbolic by the ordinary person. They were made "seriously", not satirically or ironically.

[121] The members of the group Mr. Arthur vilified interact with the public on a daily basis and

Moi, mon [. . .] mon doute, c'est que les examens, bien, ils s'achètent. Tu ne peux pas avoir des gens aussi incompetents sur le taxi, des gens aussi ignorants de la ville, et croire que ces gens-là ont passé des vrais examens. Je suis obligé de penser quand je vois des choses comme ça à de la corruption.

[118] Pour reprendre les termes utilisés par le juge Guibault au sujet des propos de M. Arthur, insinuer que les chauffeurs de taxi arabes et haïtiens avaient obtenu leurs permis de taxi illégalement et faire allusion à la corruption à de nombreuses reprises relativement à l'obtention de ces permis « était particulièrement insultant et blessant » (par. 80).

[119] Les propos de M. Arthur visaient un groupe circonscrit de personnes aux origines raciales précises, travaillant dans un secteur d'activités précis et dans une ville précise, ce qui a amené le juge de première instance à tirer la conclusion suivante :

L'impression générale laissée par une écoute de l'émission laisse comprendre que les problèmes du taxi à Montréal sont la faute des Arabes et des Haïtiens, qu'ils en sont les seuls responsables et qu'ils se doivent d'en supporter tout l'odieux. [par. 89]

Le groupe était assez bien défini et les déclarations assez précises pour que la réputation de chacun de ses membres soit ternie. Si M. Arthur avait accusé ainsi de corruption et d'incompétence un chauffeur de taxi dont il aurait précisé le nom, il me semble indubitable qu'un citoyen ordinaire jugerait ces propos diffamatoires et donc préjudiciables.

[120] En outre, je rejette l'hypothèse selon laquelle la réputation de M. Arthur aurait inévitablement amoindri la crédibilité que ses auditeurs accordaient à ses déclarations. Je suis conscient du fait que M. Arthur ne répugnait pas à faire des déclarations provocatrices et que son public le savait enclin à tenir des propos offensants à l'occasion. Je ne suis cependant pas d'accord pour dire que le citoyen ordinaire considérerait nécessairement ses propos comme une hyperbole. Ces déclarations ont été faites « sérieusement », et non sur le ton de la satire ou de l'ironie.

[121] Les membres du groupe dénigré par M. Arthur traitent avec le public quotidiennement, et

their livelihoods depend upon their ability to attract customers. Mr. Arthur's defamatory comments were, it seems to me, analogous to those made in *Ortenberg*: they were made seriously and raised, objectively, the clear possibility not only of harm to reputation, but also of harmful economic consequences from customers who may have decided to avoid taxis driven by members of the group, members who were easily identified and who stood accused not only of incompetence, but of having used corruption to become taxi drivers. In my view, those comments would palpably have been seen by an ordinary person as being defamatory, and therefore injurious, of the plaintiffs.

[122] I would therefore allow the appeal and restore the award of damages made by Guibault J.

*Appeal dismissed, ABELLA J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: El Masri, Dugal, Montréal.*

*Solicitors for the respondents: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.*

*Solicitors for the intervenor Conseil National des Citoyens et Citoyennes d'origine Haïtienne: Fraser Milner Casgrain, Montréal.*

*Solicitors for the intervenor the Canadian Broadcasting Corporation: Borden Ladner Gervais, Montréal.*

*Solicitors for the intervenor the Canadian Civil Liberties Association: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.*

*Solicitors for the intervenors the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers' Association and the Canadian Association of Journalists: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

leur gagne-pain dépend de leur capacité à attirer des clients. À mon avis, les propos diffamatoires de M. Arthur étaient analogues à ceux tenus dans *Ortenberg* : ce sont des déclarations faites sérieusement, qui risquaient manifestement, d'un point de vue objectif, non seulement de nuire à la réputation, mais aussi d'entraîner des conséquences économiques préjudiciables si des clients décident d'éviter les taxis conduits par des membres du groupe, facilement identifiables et accusés non seulement d'incompétence, mais de corruption pour l'obtention de leur permis de taxi. À mon avis, le citoyen ordinaire jugerait de toute évidence ces propos diffamatoires, et donc préjudiciables aux demandeurs.

[122] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision du juge Guibault d'accorder des dommages-intérêts.

*Pourvoi rejeté, la juge ABELLA est dissidente.*

*Procureurs de l'appelant : El Masri, Dugal, Montréal.*

*Procureurs des intimés : Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil National des Citoyens et Citoyennes d'origine Haïtienne : Fraser Milner Casgrain, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante la Société Radio-Canada : Borden Ladner Gervais, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.*

*Procureurs des intervenantes l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers' Association et l'Association canadienne des journalistes : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*

Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0S5

*En cas de non-livraison, retourner à :*

Éditions et Services de dépôts  
Travaux publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0S5

---

Available from:  
Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5  
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :  
Éditions et Services de dépôts  
Travaux publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5  
<http://publications.gc.ca>



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 2, 2011 Vol. 1**

**2<sup>e</sup> cahier, 2011 Vol. 1**

**Cited as [2011] 1 S.C.R. 269-529**

**Renvoi [2011] 1 R.C.S. 269-529**

---



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

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

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiŕiste en chef  
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

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

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

	Jurilinguists / Jurilinguistes	
DAVID AUBRY	MARIE RODRIGUE	MARIE-LUC SIMONEAU
STEPHEN BALOGH		CLAIRE VALLÉE

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

	Technical Revisors / Réviseurs techniques	
SUZANNE AUDET	NANCY MCCAUGHAN	ANNE-MARIE NOËL
RITA AYOTTE	PAULINE MCTAVISH	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjointes administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ                      MANON PLOUFFE

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

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

## CONTENTS

### **Kerr v. Baranow** ..... 269

Family law — Common law spouses — Property — Unjust enrichment — Monetary remedy — Whether monetary remedy restricted to quantum meruit award — Whether evidence of joint family venture should be considered in conferring remedy — Whether mutual benefit conferral and reasonable expectations of parties should be considered in assessing award.

Family law — Common law spouses — Property — Resulting trust — Whether evidence of common intention should be considered in context of resulting trust — Whether resulting trust principles apply to property or monetary award in resolution of domestic cases.

Family law — Common law spouses — Support — Parties separating after living together for more than 25 years — Female partner commencing proceedings for a share of property and support — Whether support should be payable from date of trial or date on which proceedings commenced.

### **Quebec (Attorney General) v. Canada** ..... 368

Social law — Canada Assistance Plan — Cost sharing — Federal-provincial agreement entered into under Canada Assistance Plan for purpose of sharing costs of welfare services — Federal government refusing to share in costs incurred by Quebec for two types of services — Whether social services provided in schools were “welfare services” within meaning of Canada Assistance Plan — Whether federal government already sharing in costs of support services provided to persons with disabilities living in residential resources for clients who required continuous assistance on basis that these services constituted “adult residential care services” under Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Established Programs Financing Act, 1977 — Canada Assistance Plan, R.S.C. 1985, c. C-1, ss. 2, 4(b), 5(2)(c) — Canada Assistance Plan Regulations, C.R.C. 1978, c. 382, s. 8 — Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Established Programs Financing Act, 1977, S.C. 1976-77, c. 10, s. 27(8) — Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Established Programs Financing Regulations, 1977, SOR/78-587, ss. 24(1), 24(2)(b).

### **R. v. S.D.** ..... 527

Criminal law — Sexual interference — Indictment — Time of offence — Accused convicted of committing offence on date other than one referred to in indictment — Fairness of trial not affected.

### **R. v. White** ..... 433

Criminal law — Trial — Charge to jury — Post-offence conduct — Murder — Accused fleeing crime scene after shooting victim — Accused conceding at trial to having

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **Kerr c. Baranow** ..... 269

Droit de la famille — Conjoints de fait — Biens — Enrichissement injustifié — Réparation pécuniaire — Une réparation pécuniaire est-elle restreinte au quantum meruit? — La preuve de coentreprise familiale doit-elle être prise en compte au moment d'accorder une réparation? — Les avantages réciproques et les attentes raisonnables des parties doivent-ils être pris en compte dans l'évaluation de la réparation?

Droit de la famille — Conjoints de fait — Biens — Fiducie résultoire — La preuve de l'intention commune doit-elle être prise en compte dans le contexte de la fiducie résultoire? — Les principes de la fiducie résultoire s'appliquent-ils aux réparations accordées en biens ou en argent dans le cadre de la résolution des litiges familiaux?

Droit de la famille — Conjoints de fait — Aliments — Séparation des conjoints après plus de 25 ans de vie commune — Action de la conjointe réclamant une pension alimentaire et une part des biens — La pension alimentaire est-elle rétroactive à la date du procès ou à la date d'introduction de l'instance?

### **Québec (Procureur général) c. Canada** ..... 368

Droit social — Régime d'assistance publique du Canada — Partage des frais — Accord fédéral-provincial conclu en vertu du Régime d'assistance publique du Canada visant à partager les frais de services de protection sociale — Refus du gouvernement fédéral de partager les frais encourus par le Québec à l'égard de deux catégories de services — Les services sociaux dispensés en milieu scolaire constituent-ils des « services de protection sociale » au sens du Régime d'assistance publique du Canada? — Les frais des services de soutien dispensés aux personnes handicapées vivant en ressources résidentielles, dont la clientèle nécessite une assistance continue, sont-ils déjà partagés par le gouvernement fédéral à titre de « soins en établissement pour adultes » en vertu de la Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis? — Régime d'assistance publique du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-1, art. 2, 4b), 5(2)c) — Règlement du Régime d'assistance publique du Canada, C.R.C. 1978, ch. 382, art. 8 — Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis, L.C. 1976-77, ch. 10, art. 27(8) — Règlement de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis, DORS/78-587, art. 24(1), 24(2)b).

### **R. c. S.D.** ..... 527

Droit criminel — Contacts sexuels — Acte d'accusation — Date de l'infraction — L'accusé a été déclaré coupable

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

shot victim unlawfully but claiming lack of intent to kill — Crown stating in closing argument that accused fled with no hesitation, shock or uncertainty — Trial judge instructing jury to be “careful” in considering post-offence conduct — Whether lack of instruction stating that post-offence conduct had no probative value constituting error of law — If so, whether curative proviso applicable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

### **Withler v. Canada (Attorney General) ..... 396**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Discrimination based on age — Federal pension legislation reducing supplementary death benefit by 10 percent for each year by which plan member exceeds prescribed ages — Surviving spouses receiving reduced supplementary death benefits — Whether reduction provisions discriminate against surviving spouses — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Canadian Forces Superannuation Act, R.S.C. 1985, c. C-17, s. 60(1) — Public Service Superannuation Act, R.S.C. 1985, c. P-36, s. 47(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Contextual analysis — Whether use of comparator groups is appropriate in analysis of equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).

## SOMMAIRE (Fin)

d'avoir commis l'infraction à une autre date que celle visée par l'acte d'accusation — L'équité du procès n'a pas été atteinte.

### **R. c. White ..... 433**

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Comportement postérieur à l'infraction — Meurtre — Accusé ayant fui après avoir tiré sur la victime — Accusé ayant concédé au procès avoir abattu la victime illégalement, mais niant avoir eu l'intention de tuer — Ministère public ayant mentionné dans sa plaidoirie finale que l'accusé avait fui sans hésiter, se montrer bouleversé ni indécis — Juge du procès appelant les jurés à la « prudence » à l'égard du comportement postérieur à l'infraction — L'absence de directive indiquant que le comportement postérieur à l'infraction n'avait aucune valeur probante constitue-t-elle une erreur de droit? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice s'applique-t-elle? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

### **Withler c. Canada (Procureur général) ..... 396**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur l'âge — Réduction par des lois fédérales sur les pensions de la prestation supplémentaire de décès de 10 p. 100 pour chaque année de l'âge du participant ultérieure à l'âge prescrit — Versement aux conjoints survivants d'une prestation supplémentaire de décès réduite — Les dispositions imposant une réduction créent-elles une discrimination à l'endroit des conjoints survivants? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes, L.R.C. 1985, ch. C-17, art. 60(1) — Loi sur la pension de la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-36, art. 47(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Analyse contextuelle — Le recours à des groupes de comparaison est-il opportun dans l'analyse portant sur les droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).



**Margaret Patricia Kerr** *Appellant*

v.

**Nelson Dennis Baranow** *Respondent*

- and -

**Michele Vanasse** *Appellant*

v.

**David Seguin** *Respondent*

INDEXED AS: KERR v. BARANOW

2011 SCC 10

File Nos.: 33157, 33358.

2010: April 21; 2011: February 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURTS OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA AND ONTARIO

*Family law — Common law spouses — Property — Unjust enrichment — Monetary remedy — Whether monetary remedy restricted to quantum meruit award — Whether evidence of joint family venture should be considered in conferring remedy — Whether mutual benefit conferral and reasonable expectations of parties should be considered in assessing award.*

*Family law — Common law spouses — Property — Resulting trust — Whether evidence of common intention should be considered in context of resulting trust — Whether resulting trust principles apply to property or monetary award in resolution of domestic cases.*

*Family law — Common law spouses — Support — Parties separating after living together for more than 25 years — Female partner commencing proceedings for a share of property and support — Whether support should be payable from date of trial or date on which proceedings commenced.*

In the *Kerr* appeal, K and B, a couple in their late 60s separated after a common law relationship of more

**Margaret Patricia Kerr** *Appelante*

c.

**Nelson Dennis Baranow** *Intimé*

- et -

**Michele Vanasse** *Appelante*

c.

**David Seguin** *Intimé*

RÉPERTORIÉ : KERR c. BARANOW

2011 CSC 10

N<sup>os</sup> du greffe : 33157, 33358.

2010 : 21 avril; 2011 : 18 février.

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

EN APPEL DES COURS D'APPEL DE LA COLOMBIE-  
BRITANNIQUE ET DE L'ONTARIO

*Droit de la famille — Conjoints de fait — Biens — Enrichissement injustifié — Réparation pécuniaire — Une réparation pécuniaire est-elle restreinte au quantum meruit? — La preuve de coentreprise familiale doit-elle être prise en compte au moment d'accorder une réparation? — Les avantages réciproques et les attentes raisonnables des parties doivent-ils être pris en compte dans l'évaluation de la réparation?*

*Droit de la famille — Conjoints de fait — Biens — Fiducie résultoire — La preuve de l'intention commune doit-elle être prise en compte dans le contexte de la fiducie résultoire? — Les principes de la fiducie résultoire s'appliquent-ils aux réparations accordées en biens ou en argent dans le cadre de la résolution des litiges familiaux?*

*Droit de la famille — Conjoints de fait — Aliments — Séparation des conjoints après plus de 25 ans de vie commune — Action de la conjointe réclamant une pension alimentaire et une part des biens — La pension alimentaire est-elle rétroactive à la date du procès ou à la date d'introduction de l'instance?*

Dans le pourvoi *Kerr*, K et B, tous deux dans la soixantaine avancée, se sont séparés après plus de 25

than 25 years. They both had worked through much of that time and each had contributed in various ways to their mutual welfare. K claimed support and a share of property in B's name based on resulting trust and unjust enrichment principles. B counterclaimed that K had been unjustly enriched by his housekeeping and personal assistance services provided after K suffered a debilitating stroke. The trial judge awarded K \$315,000, a third of the value of the home in B's name that they had shared, both by way of resulting trust and unjust enrichment, based on his conclusion that K had provided \$60,000 worth of equity and assets at the beginning of their relationship. He also awarded K \$1,739 per month in spousal support effective the date she commenced proceedings. The Court of Appeal concluded that K did not make a financial contribution to the acquisition or improvement of B's property that was the basis for her award at trial, and dismissed her property claims. A new trial was ordered for B's counterclaim. The Court of Appeal further held that the commencement date of the spousal support should be the date of trial.

In the *Vanasse* appeal, it was agreed that S was unjustly enriched by the contributions of his partner, V, during their 12-year common law relationship. For the first four years of cohabitation, both parties pursued their respective careers. In 1997, V took a leave of absence from her employment and the couple moved to Halifax so that S could pursue a business opportunity. Over the next three and a half years, their children were born and V stayed at home to care for them and performed the domestic labour. S worked long hours and travelled extensively for business. In 1998, S stepped down as CEO of the business and the family returned to Ottawa where they bought a home in joint names. In 2000, S received approximately \$11 million for his shares in the business and from that time, until their separation in 2005, he participated more with the domestic chores. The trial judge found no unjust enrichment for the first and last periods of their cohabitation, but held that S had been unjustly enriched at V's expense during the period in which the children were born. V was entitled to half of the value of the wealth S accumulated during the period of unjust enrichment, less her interest in the home and RRSPs in her name. The court of appeal set aside this award and directed that the proper approach to valuation was a *quantum meruit* calculation in which the value each

ans de vie commune. Ils avaient travaillé pendant presque toutes ces années et avaient chacun contribué de diverses façons à leur bien-être commun. Sur le fondement de la fiducie résultoire et de l'enrichissement injustifié, K a réclamé une pension alimentaire et une part des biens détenus au nom de B. Par demande reconventionnelle, B a cherché à faire reconnaître que K s'était injustement enrichie grâce aux services d'entretien ménager qu'il lui avait rendus et à l'aide personnelle qu'il lui avait apportée après qu'elle eut été victime d'un grave accident vasculaire. Le juge de première instance a accordé à K 315 000 \$ et un tiers de la valeur de la maison de B qu'ils avaient partagée, sur le fondement de la fiducie résultoire et de l'enrichissement injustifié, car il avait conclu que K avait fourni des capitaux et des actifs d'une valeur de 60 000 \$ au début de la relation. Il a également accordé à K une pension alimentaire mensuelle de 1 739 \$, rétroactive à la date d'introduction de l'instance. La Cour d'appel a conclu que K n'a pas contribué financièrement à l'acquisition ou à l'amélioration de la maison de B, ce qui constituait le fondement de la réparation accordée à K en première instance, et elle a rejeté ses réclamations fondées sur un droit de propriété. La Cour d'appel a ordonné une nouvelle audition de la demande reconventionnelle de B. Elle a en outre statué que l'ordonnance alimentaire serait rétroactive à la date du début du procès.

Dans le pourvoi *Vanasse*, il a été admis que S s'est injustement enrichi grâce aux contributions de sa conjointe, V, au cours de leur union de fait qui a duré 12 ans. Pendant les quatre premières années de leur relation, les parties ont poursuivi leurs carrières respectives. En 1997, V a pris un congé et le couple a déménagé à Halifax afin que S puisse y développer son entreprise. Au cours des trois années et demie qui ont suivi, S et V ont eu des enfants et V est demeurée à la maison pour s'occuper d'eux et elle s'est occupée des tâches domestiques. S travaillait de longues heures et voyageait fréquemment pour ses affaires. En 1998, S a démissionné de son poste de PDG de l'entreprise et la famille est retournée à Ottawa où ils ont acheté une maison enregistrée en leurs deux noms. En 2000, S a reçu environ 11 millions de dollars en vendant ses actions dans l'entreprise et à compter de ce moment, jusqu'à la séparation en 2005, il s'est acquitté davantage des tâches domestiques. La juge de première instance a conclu qu'il n'y avait pas eu d'enrichissement injuste au cours des première et dernière périodes de cohabitation, mais a conclu que S s'était injustement enrichi aux dépens de V durant la période au cours de laquelle les enfants sont nés. V a eu droit à la moitié de la valeur de la richesse accumulée par S au cours de la période d'enrichissement injustifié, moins la valeur de sa part dans la résidence familiale et

party received from the other was assessed and set off.

*Held:* In *Kerr*, the appeal on the spousal support issue should be allowed and the order of the trial judge should be restored. The appeal from the order dismissing K's unjust enrichment claim should also be allowed and a new trial ordered. The appeal from the order dismissing K's claim in resulting trust should be dismissed. The order for a new hearing of B's counterclaim should be affirmed.

*Held:* In *Vanasse*, the appeal should be allowed and the order of the trial judge restored.

These appeals require the resolution of five main issues. The first concerns the role of the "common intention" resulting trust in claims by domestic partners. The second issue is whether the monetary remedy for a successful unjust enrichment claim must always be assessed on a *quantum meruit* basis. The third area relates to mutual benefit conferral in the context of an unjust enrichment claim and when this should be taken into account. The fourth concerns the role the parties' reasonable expectations play in the unjust enrichment analysis. Finally, in the *Kerr* appeal, this Court must also decide the effective date of the commencement of spousal support.

For unmarried persons in domestic relationships in most common law provinces, judge-made law is the only option for addressing the property consequences of the breakdown of those relationships. The main legal mechanisms available have been the resulting trust and the action in unjust enrichment. Resulting trusts arise from gratuitous transfers in two types of situations: the transfer of property from one partner to the other without consideration, and the joint contribution by two partners to the acquisition of property, title to which is in the name of only one of them. The underlying legal principle is that contributions to the acquisition of a property, which were not reflected in the legal title, might nonetheless give rise to a property interest. In Canada, added to this underlying notion was the idea that a resulting trust could arise based solely on the "common intention" of the parties that the non-owner partner was intended to have an interest. This theory is doctrinally unsound, however, and should

ses REER. La cour d'appel a annulé cette décision et a statué que la réparation devait être établie par un calcul fondé sur le *quantum meruit*, où la valeur que chacune des parties a reçue de l'autre est évaluée et défalquée.

*Arrêt :* Dans *Kerr*, le pourvoi sur la question de la pension alimentaire est accueilli et l'ordonnance du juge de première instance est rétablie. Le pourvoi en ce qui concerne la décision de la Cour d'appel de rejeter la demande de K fondée sur l'enrichissement injustifié est également accueilli et une nouvelle audition de cette demande est ordonnée. Le pourvoi formé contre la décision rejetant la demande de K relative à une fiducie résultoire est rejeté. L'ordonnance d'une nouvelle audition de la demande reconventionnelle de B est confirmée.

*Arrêt :* Dans *Vanasse*, le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de la juge de première instance est rétablie.

Ces pourvois nous obligent à répondre à cinq questions principales. La première porte sur le rôle de la fiducie résultoire fondée sur « l'intention commune » dans les réclamations présentées par les conjoints de fait. La deuxième question consiste à savoir si l'indemnité pécuniaire pour enrichissement injustifié doit toujours être évaluée en fonction du *quantum meruit*. La troisième question a trait aux avantages réciproques dans le contexte d'une réclamation fondée sur l'enrichissement injuste et au moment auquel ceux-ci doivent être pris en compte. La quatrième question traite du rôle des attentes raisonnables des parties dans l'analyse de l'enrichissement injustifié. Enfin, dans le pourvoi *Kerr*, la Cour doit aussi déterminer la date de prise d'effet de l'ordonnance alimentaire.

En ce qui concerne les conjoints non mariés dans la plupart des provinces de common law, le recours au droit jurisprudentiel est la seule solution permettant de traiter des conséquences financières de la rupture des relations conjugales. La fiducie résultoire et l'action fondée sur l'enrichissement injustifié sont les principaux mécanismes juridiques qui s'offrent aux parties. Les fiducies résultoires découlent de transferts à titre gratuit dans deux types de situations : le transfert d'un bien d'un partenaire à l'autre sans aucune considération, et la contribution des deux partenaires à l'acquisition d'un bien, dont le titre est au nom d'un seul des partenaires. Selon le principe juridique sous-jacent, les contributions à l'acquisition de biens, qui n'étaient pas indiquées dans le titre de propriété, peuvent néanmoins créer un droit de propriété. À cette notion sous-jacente s'ajoutait l'idée, au Canada, qu'une fiducie résultoire pouvait découler de la seule « intention commune » des parties d'accorder un droit au partenaire

have no continuing role in the resolution of domestic property disputes. While traditional resulting trust principles may well have a role to play in the resolution of property disputes between unmarried domestic partners, parties have increasingly turned to the law of unjust enrichment and the remedial constructive trust. Since the decision in *Pettkus v. Becker*, the law of unjust enrichment has provided a much less artificial, more comprehensive and more principled basis to address claims for the distribution of assets on the breakdown of domestic relationships. It permits recovery whenever the plaintiff can establish three elements: an enrichment of the defendant by the plaintiff, a corresponding deprivation of the plaintiff, and the absence of a juristic reason for the enrichment. This Court has taken a straightforward economic approach to the elements of enrichment and corresponding deprivation. The plaintiff must show that he or she has given a tangible benefit to the defendant that the defendant received and retained. Further, the enrichment must correspond to a deprivation that the plaintiff has suffered. Importantly, provision of domestic services may support a claim for unjust enrichment. The absence of a juristic reason for the enrichment means that there is no reason in law or justice for the defendant's retention of the benefit conferred by the plaintiff. This third element also provides for due consideration of the autonomy of the parties, their legitimate expectations and the right to order their affairs by contract.

There are two steps to the juristic reason analysis. First, the established categories of juristic reason must be considered, which could include benefits conferred by way of gift or pursuant to a legal obligation. In their absence, the second step permits consideration of the reasonable expectations of the parties and public policy considerations to assess whether particular enrichments are unjust.

The object of the remedy for unjust enrichment is to require the defendant to reverse the unjustified enrichment and may attract either a "personal restitutionary award" or a "restitutionary proprietary award". In most cases, a monetary award will be sufficient to remedy the unjust enrichment but two issues raise difficulties in determining appropriate compensation. Where there has been a mutual conferral of benefits, it is often difficult for the court to retroactively value every service rendered by each party to the other. While the value of domestic services is not questioned, it would be unjust to only consider the contributions of one party. A second

non propriétaire. Cette théorie est toutefois sans fondement sur le plan théorique et ne devrait plus avoir aucun rôle à jouer dans la résolution des litiges familiaux. Si les principes traditionnels de la fiducie résultoire peuvent jouer un rôle dans la résolution des litiges entre partenaires non mariés, les parties ont eu recours de plus en plus au droit de l'enrichissement injustifié et à la fiducie constructive de nature réparatoire. Depuis l'arrêt *Pettkus c. Becker*, le droit de l'enrichissement injustifié offre un fondement beaucoup moins artificiel, plus complet et plus rationnel pour traiter les demandes de partage des biens après la rupture des relations conjugales. Il permet le recouvrement dès lors que le demandeur peut prouver trois éléments : un enrichissement du défendeur par le demandeur, un appauvrissement correspondant du demandeur, et l'absence de tout motif juridique de l'enrichissement. Notre Cour a appliqué une analyse économique simple aux éléments d'enrichissement et d'appauvrissement correspondant. Le demandeur doit prouver qu'il a procuré un avantage tangible au défendeur qui a reçu et retenu cet avantage. De plus, l'enrichissement doit correspondre à un appauvrissement du demandeur. Fait important, la prestation de services domestiques peut appuyer une action pour enrichissement injustifié. L'absence d'un motif juridique pour l'enrichissement signifie que ni le droit ni les exigences de la justice ne permettent au défendeur de conserver l'avantage conféré par le demandeur. Ce troisième élément permet aussi de prendre dûment en considération l'autonomie des parties, leurs attentes légitimes et leur droit de régler contractuellement leurs affaires.

L'analyse du motif juridique comprend deux étapes. Premièrement, les catégories établies de motifs juridiques doivent être examinées, par exemple l'avantage conféré par don ou découlant d'une obligation légale. En l'absence de motifs juridiques d'une catégorie, la deuxième étape autorise la prise en considération des attentes légitimes des parties ainsi que des considérations d'intérêt public afin de déterminer si l'enrichissement est injustifié.

La réparation fondée sur l'enrichissement injustifié oblige le défendeur à rembourser ou à annuler l'enrichissement et peut donner lieu soit à une « indemnisation », soit à une « restitution du bien ». Dans la plupart des cas, une réparation pécuniaire suffira à corriger l'enrichissement injustifié, mais deux questions suscitent des difficultés dans la détermination de la réparation adéquate. Dans les cas où les conjoints ont mutuellement tiré des avantages, la cour a souvent de la difficulté à évaluer rétroactivement chaque service rendu par chacune des parties à l'autre partie. Bien que la valeur des services domestiques ne soit pas remise en question, il

difficulty is whether a monetary award must invariably be calculated on a *quantum meruit*, “value received” or “fee-for-services” basis or whether that monetary relief may be assessed more flexibly, on a “value survived basis” by reference to the overall increase in the couple’s wealth during the relationship. In some cases, a proprietary remedy may be required. Where the plaintiff can demonstrate a link or causal connection between his or her contributions and the acquisition, preservation, maintenance or improvement of the disputed property, and that a monetary award would be insufficient, a share of the property proportionate to the claimant’s contribution can be impressed with a constructive trust in his or her favour.

Three areas in the law of unjust enrichment require clarification. Once the choice has been made to award a monetary remedy, the question is how to quantify it. If a monetary remedy must invariably be quantified on a *quantum meruit* basis, the remedial choice in unjust enrichment cases becomes whether to impose a constructive trust or to order a monetary remedy calculated on a *quantum meruit* basis. This dichotomy of remedial choice should be rejected, however, as the value survived measure is a perfectly plausible alternative to the constructive trust. Restricting the money remedy to a fee-for-service calculation is inappropriate for four reasons. First, it fails to reflect the reality of the lives of many domestic partners. The basis of all domestic unjust enrichment claims do not fit into only two categories — those where the enrichment consists of the provision of unpaid services, and those where it consists of an unrecognized contribution to the acquisition, improvement, maintenance or preservation of specific property. Where the contributions of both parties over time have resulted in an accumulation of wealth, the unjust enrichment occurs when one party retains a disproportionate share of the assets that are the product of their joint efforts following the breakdown of their relationship. The required link between the contributions and a specific property may not exist but there may clearly be a link between the joint efforts of the parties and the accumulation of wealth. While the law of unjust enrichment does not mandate a presumption of equal sharing, nor does the mere fact of cohabitation entitle one party to share in the other’s property, the legal consequences of the breakdown of a domestic relationship should reflect realistically the way people live their lives. Second, the remedial dichotomy is inconsistent with the inherent flexibility of unjust enrichment and with the Court’s approach to equitable

serait injuste de tenir compte des contributions d’une seule partie. Une deuxième difficulté tient à la question de savoir si une réparation pécuniaire doit invariablement être calculée en fonction du *quantum meruit*, de la « valeur reçue » ou de la « rémunération des services », ou si la réparation pécuniaire peut être évaluée de manière plus souple, selon la méthode fondée sur la « valeur accumulée », soit l’augmentation globale de la richesse du couple pendant l’union. Dans certains cas, il peut être nécessaire d’accorder une réparation fondée sur le droit de propriété. Si le demandeur peut établir un lien ou un rapport de causalité entre ses contributions et l’acquisition, la conservation, l’entretien ou l’amélioration du bien en cause, et qu’une réparation pécuniaire serait insuffisante, une part du bien proportionnelle à la contribution du demandeur peut faire l’objet d’une fiducie constructoire en sa faveur.

Trois sujets dans les règles relatives à l’enrichissement injustifié nécessitent des précisions. Une fois que la décision est prise d’accorder une réparation pécuniaire, la question se pose de savoir comment quantifier cette réparation. Si la réparation pécuniaire doit invariablement être quantifiée en fonction du *quantum meruit*, il faut alors, dans les cas d’enrichissement injustifié, se demander s’il faut choisir d’imposer une fiducie constructoire ou d’ordonner une réparation pécuniaire calculée en fonction du *quantum meruit*. Cette dichotomie des mesures de réparation devrait toutefois être rejetée car la réparation fondée sur la valeur accumulée est une alternative tout à fait plausible à la fiducie constructoire. Il est inapproprié de calculer la réparation pécuniaire en fonction de la rémunération des services rendus, et ce, pour quatre raisons. Premièrement, ce type de calcul ne reflète pas la réalité de nombreux conjoints vivant en union libre. Les fondements de toutes les actions pour enrichissement injustifié intentées par des conjoints de fait n’entrent pas dans deux catégories seulement — celle où l’enrichissement découle de la prestation de services non rémunérés, et celle où il découle d’une contribution non reconnue à l’acquisition, à l’amélioration, à l’entretien ou à la conservation d’un bien en particulier. Lorsque les contributions des deux parties ont, au fil du temps, entraîné une accumulation de la richesse, il y a un enrichissement injustifié quand une partie conserve, après la rupture, une part disproportionnée des biens obtenus grâce à l’effort conjoint des deux parties. Le lien requis entre les contributions et un bien en particulier n’existe peut-être pas, mais il peut y avoir un lien incontestable entre les efforts conjoints des parties et l’accumulation de richesse. Bien que les règles relatives à l’enrichissement injustifié n’entraînent pas une présomption de partage égal et que la cohabitation, en soi, ne confère pas à

remedies. Moreover, the Court has recognized that, given the wide variety of circumstances addressed by the traditional categories of unjust enrichment, as well as the flexibility of the broader, principled approach, its development requires recourse to a number of different sorts of remedies depending on the circumstances. There is no reason in principle why one of the traditional categories of unjust enrichment should be used to force the monetary remedy for all present domestic unjust enrichment cases into a remedial strait-jacket. What is essential is that there must be a link between the contribution and the accumulation of wealth. Where that link exists, and a proprietary remedy is either inappropriate or unnecessary, the monetary award should be fashioned to reflect the true nature of the enrichment and the corresponding deprivation. Third, the remedial dichotomy ignores the historical basis of *quantum meruit* claims. Finally, a remedial dichotomy is not mandated, as has been suggested, by the Court's judgment in *Peter v. Beblow*.

Where the unjust enrichment is best characterized as an unjust retention of a disproportionate share of assets accumulated during the course of a "joint family venture" to which both partners have contributed, the monetary remedy should be calculated according to the share of the accumulated wealth proportionate to the claimant's contributions. Where the spouses are domestic and financial partners, there is no need for "duelling *quantum meruits*". The law of unjust enrichment, including the remedial constructive trust, is the preferable method of responding to the inequities brought about by the breakdown of a common law relationship, since the remedies for unjust enrichment "are tailored to the parties' specific situation and grievances". To be entitled to a monetary remedy on a value-survived basis, the claimant must show both that there was a joint family venture and a link between his or her contributions and the accumulation of wealth.

To determine whether the parties have, in fact, been engaged in a joint family venture, the particular circumstances of each particular relationship must be taken into account. This is a question of fact and must

une personne le droit à une part des biens de l'autre personne, les conséquences juridiques de la rupture d'une relation conjugale devraient refléter la façon dont les gens vivent. Deuxièmement, la dichotomie des mesures de réparation est incompatible avec la souplesse inhérente à l'enrichissement injustifié et avec l'approche de la Cour à l'égard des réparations en equity. De plus, la Cour a reconnu que, compte tenu de la grande variété de situations relevant des catégories traditionnelles de l'enrichissement injustifié et de la souplesse de l'approche plus générale et raisonnée, le principe exige qu'on ait recours à différents types de réparation selon les circonstances. Rien ne justifie, en principe, qu'une des catégories traditionnelles d'enrichissement injustifié serve à imposer la réparation pécuniaire dans tous les cas d'enrichissement injustifié entre conjoints de fait. Il est essentiel qu'il y ait un lien entre la contribution et l'accumulation de la richesse. Lorsque ce lien est établi, et qu'une réparation fondée sur le droit de propriété est inappropriée ou inutile, la réparation pécuniaire devrait être adaptée pour refléter la nature véritable de l'enrichissement et de l'appauvrissement correspondant. Troisièmement, la dichotomie des mesures de réparation ne tient pas compte de l'historique des réclamations fondées sur le *quantum meruit*. Enfin, l'arrêt *Peter c. Beblow* n'impose pas, comme il a déjà été donné à penser, la dichotomie des mesures de réparation.

Dans les cas où la meilleure façon de qualifier l'enrichissement injustifié est de le considérer comme une rétention injuste d'une part disproportionnée des biens accumulés dans le cadre d'une « coentreprise familiale » à laquelle les deux conjoints ont contribué, la réparation pécuniaire devrait être calculée en fonction de la part proportionnelle de la contribution du demandeur à cette accumulation de la richesse. Lorsque les conjoints sont des partenaires conjugaux et financiers, il n'est nul besoin d'un « duel de *quantum meruit* ». Les règles relatives à l'enrichissement injustifié, y compris la fiducie constructrice de nature réparatoire, constituent la meilleure façon de remédier aux iniquités susceptibles de survenir au moment de la rupture d'une union de fait puisque la réparation pour enrichissement injustifié « est adaptée à la situation et aux revendications particulières des parties ». Pour avoir droit à une réparation pécuniaire fondée sur la valeur accumulée, le demandeur doit prouver qu'une coentreprise familiale existait effectivement et qu'il existe un lien entre ses contributions à la coentreprise et l'accumulation de la richesse.

Pour déterminer si les parties ont, de fait, été engagées dans une coentreprise familiale, les circonstances particulières de chaque relation doivent être prises en compte. Il s'agit d'une question de fait que l'on peut

be assessed by having regard to all of the relevant circumstances, including factors relating to mutual effort, economic integration, actual intent and priority of the family. The pooling of effort and team work, the decision to have and raise children together, and the length of the relationship may all point towards the extent to which the parties have formed a true partnership and jointly worked towards important mutual goals. The use of parties' funds entirely for family purposes or where one spouse takes on all, or a greater proportion, of the domestic labour, freeing the other spouse from those responsibilities and enabling him or her to pursue activities in the paid workforce, may also indicate a pooling of resources. The more extensive the integration of the couple's finances, economic interests and economic well-being, the more likely it is that they have engaged in a joint family venture. The actual intentions of the parties, either express or inferred from their conduct, must be given considerable weight. Their conduct may show that they intended the domestic and professional spheres of their lives to be part of a larger, common venture, but may also conversely negate the existence of a joint family venture, or support the conclusion that particular assets were to be held independently. Another consideration is whether and to what extent the parties have given priority to the family in their decision making, and whether there has been detrimental reliance on the relationship, by one or both of the parties, for the sake of the family. This may occur where one party leaves the workforce for a period of time to raise children; relocates for the benefit of the other party's career; foregoes career or educational advancement for the benefit of the family or relationship; or accepts underemployment in order to balance the financial and domestic needs of the family unit.

The unjust enrichment analysis in domestic situations is often complicated by the fact that there has been a mutual conferral of benefits. When the appropriate remedy is a money award based on a fee-for-services provided approach, the fact that the defendant has also provided services to the claimant should mainly be considered at the defence and remedy stages of the analysis but may be considered at the juristic reason stage to the extent that the provision of reciprocal benefits constitutes relevant evidence of the existence (or non-existence) of a juristic reason for the enrichment. However, given that the purpose of the juristic reason

apprécier en prenant en considération toutes les circonstances pertinentes, y compris les facteurs relatifs à l'effort commun, à l'intégration économique, à l'intention réelle et à la priorité accordée à la famille. Les efforts conjoints et le travail d'équipe, la décision d'avoir et d'éduquer des enfants ensemble, ainsi que la durée de la relation peuvent tous indiquer la mesure dans laquelle, le cas échéant, les parties constituaient véritablement une association et ont collaboré à la réalisation d'objectifs communs importants. Le fait que les fonds des parties soient entièrement consacrés à la famille ou le fait qu'un conjoint s'acquitte de la totalité, ou de la plus grande partie, des travaux domestiques, libérant l'autre de ces responsabilités et lui permettant de se consacrer à ses activités rémunérées à l'extérieur, peuvent également indiquer une mise en commun des ressources. Plus le niveau d'intégration des finances, des intérêts économiques et du bien-être économique des conjoints est élevé, plus il est probable que ceux-ci se seront engagés dans une coentreprise familiale. Il faut accorder une importance considérable aux intentions réelles des parties; ces intentions peuvent avoir été exprimées par les parties ou inférées de leur conduite. La conduite des parties peut démontrer qu'elles voulaient que leurs vies familiale et professionnelle fassent partie d'un tout, d'une entreprise commune, mais pourrait aussi permettre d'écarter l'existence d'une coentreprise familiale ou étayer la conclusion selon laquelle des biens déterminés devaient être détenus de façon indépendante. Un autre facteur à considérer consiste à savoir si, et dans quelle mesure, les conjoints avaient donné la priorité à la famille dans le processus décisionnel, et si, pour le bien-être de la famille, une des parties ou les deux se sont fiées à la relation à leur détriment. Cela peut survenir lorsqu'une partie quitte le marché du travail pendant un certain temps pour élever les enfants; lorsqu'elle déménage pour aider la carrière de l'autre partie; lorsqu'elle renonce à une carrière ou à une formation pour le bien de la famille ou de la relation; et lorsqu'elle accepte un sous-emploi dans le but d'équilibrer les besoins financiers et domestiques de l'unité familiale.

L'analyse de l'enrichissement injustifié en matière familiale se complique souvent du fait qu'il y a eu des avantages réciproques. Lorsque la réparation appropriée consiste en une indemnité pécuniaire calculée en fonction de la valeur de la rémunération des services rendus, le fait que le défendeur ait aussi fourni des services au demandeur devrait être examiné principalement au stade de la défense ou à celui de la réparation, mais il est aussi possible de le faire au stade de l'analyse du motif juridique dans la mesure où l'octroi d'avantages réciproques constitue une preuve pertinente de l'existence (ou de l'absence) d'un motif juridique de

step in the analysis is to determine whether the enrichment was just, not its extent, mutual benefit conferral should only be considered at the juristic reason stage for that limited purpose. Otherwise, the mutual exchange of benefits should be taken into account only after the three elements of an unjust enrichment claim have been established.

Claimants must show that there is no juristic reason falling within any of the established categories, such as whether the benefit was a gift or pursuant to a legal obligation. It is then open to the defendant to show that a different juristic reason for the enrichment should be recognized, having regard to the parties' reasonable expectations and public policy considerations. Mutual benefit conferral and the parties' reasonable expectations have a very limited role to play at the first step of the juristic reason analysis. In some cases, the fact that mutual benefits were conferred or that the benefits were provided pursuant to the parties' reasonable expectations may be relevant evidence of whether one of the existing categories of juristic reasons is present. The parties' reasonable or legitimate expectations have a role to play at the second step of the juristic reason analysis, where the defendant bears the burden of establishing that there is a juristic reason for retaining the benefit that does not fall within the existing categories. The question is whether the parties' mutual expectations show that retention of the benefits is just.

In the *Vanasse* appeal, although not labelling it as such, the trial judge found that there was a joint family venture and that there was a link between V's contribution to it and the substantial accumulation of wealth that the family achieved. She made a reasonable assessment of the monetary award appropriate to reverse this unjust enrichment, taking due account of S's substantial contributions. Her findings of fact and analysis indicate that the unjust enrichment of S at the expense of V ought to be characterized as the retention by S of a disproportionate share of the wealth generated from a joint family venture. Several factors suggested that, throughout their relationship, the parties were working collaboratively towards common goals. They made important decisions keeping the overall welfare of the family at the forefront. It was through their joint efforts that they were able to raise a young family and acquire wealth. S could not have made the efforts he did to build up the company but for V's assumption of the domestic responsibilities. Notably, the period of unjust enrichment corresponds to the time during which the parties had two children together, a further indicator

l'enrichissement. Cependant, comme l'analyse du motif juridique vise à déterminer si l'enrichissement était équitable et non à en mesurer l'ampleur, les avantages réciproques ne devraient être pris en considération à cette étape que pour cette fin précise. Autrement, il faut tenir compte des avantages réciproques seulement une fois remplies les trois conditions de l'action pour enrichissement injustifié.

Les demandeurs doivent démontrer qu'aucun motif juridique ne se retrouve dans l'une ou l'autre des catégories établies, par exemple si l'avantage était un don ou s'il découlait d'une obligation légale. Si cette preuve est faite, le défendeur peut alors démontrer qu'un motif juridique différent justifiant l'enrichissement devrait être reconnu, compte tenu des attentes raisonnables des parties et des considérations d'intérêt public. Les avantages réciproques et les attentes raisonnables des parties ont un rôle très limité à jouer dans la première étape de l'analyse du motif juridique. Dans certains cas, le fait que des avantages réciproques aient été conférés ou le fait que les avantages aient été fournis conformément aux attentes raisonnables des parties peut constituer une preuve pertinente pour déterminer si l'une des catégories établies de motifs juridiques s'applique. Les attentes raisonnables ou légitimes des parties jouent un rôle à la deuxième étape de l'analyse du motif juridique, où il incombe au défendeur d'établir qu'il existe un motif juridique de conserver l'avantage n'appartenant pas aux catégories établies. La question est de savoir si les attentes des parties prouvent qu'il est équitable de conserver les avantages.

Dans *Vanasse*, la juge de première instance a conclu qu'il y avait une coentreprise familiale, bien qu'elle ne l'ait pas qualifiée ainsi, et qu'il existait un lien entre la contribution de V à la coentreprise et l'accumulation importante de la richesse familiale. Elle a raisonnablement évalué l'indemnité pécuniaire appropriée pour permettre l'annulation de cet enrichissement injustifié, en tenant dûment compte des contributions importantes de S. Selon ses conclusions de fait et son analyse, l'enrichissement injustifié de S au détriment de V tient à la conservation, par S, d'une part disproportionnée de la richesse générée par une coentreprise familiale. Plusieurs facteurs donnaient à penser que, pendant toute la durée de leur relation, les parties collaboraient en vue d'atteindre des buts communs. Elles ont pris des décisions importantes en gardant le bien-être de la famille au premier plan. Les parties ont été en mesure d'élever une famille et d'acquérir une richesse grâce à leurs efforts communs. S n'aurait pas pu faire tous les efforts qu'il a faits pour développer l'entreprise si V n'avait pas assumé les responsabilités familiales. Il convient de souligner que la période d'enrichissement



that they were working together to achieve common goals. The length of the relationship is also relevant, and their 12-year cohabitation is a significant period of time. There was also evidence of economic integration as their house was registered jointly and they had a joint bank account. Their words and actions indicated that there was a joint family venture, to which the couple jointly contributed for their mutual benefit and the benefit of their children. There is a strong inference from the factual findings that, to S's knowledge, V relied on the relationship to her detriment. She left her career, gave up her own income, and moved away from her family and friends. V then stayed home and cared for their two small children. During the period of the unjust enrichment, V was responsible for a disproportionate share of the domestic labour. There was a clear link between V's contribution and the accumulation of wealth. The trial judge took a realistic and practical view of the evidence and took into account S's non-financial contributions and periods during which V's contributions were not disproportionate to S and her judgment should be restored.

The Court of Appeal was right to set aside the trial judge's findings of resulting trust and unjust enrichment in *Kerr* and in ordering a new hearing on B's counterclaim. On the basis of the unsatisfactory record at trial, which includes findings of fact tainted by clear error, K's unjust enrichment claim should not have been dismissed but a new trial ordered. The Court of Appeal erred in assessing B's contributions as part of the juristic reason analysis and prematurely truncated K's *prima facie* case of unjust enrichment. The family property approach is rejected, and for K to show an entitlement to a proportionate share of the wealth accumulated during the relationship, she must establish that B has been unjustly enriched at her expense, that their relationship constituted a joint family venture, and that her contributions are linked to the generation of wealth during the relationship. She would then have to show what proportion of the jointly accumulated wealth reflects her contributions. With regard to B's counterclaim, there was evidence that he made very significant contributions to K's welfare such that his counterclaim cannot simply be dismissed. The trial judge also referred to various other monetary and non-monetary contributions which K made to the couple's welfare and comfort, but he did not evaluate them, let alone compare them with the

injustifié correspond à la période pendant laquelle les parties ont eu leurs deux enfants, un autre indice qu'elles travaillaient ensemble en vue de réaliser des objectifs communs. La durée de la relation est aussi pertinente, et 12 ans de cohabitation se veut une période assez longue. Certains éléments de preuve indiquaient également qu'il y avait intégration économique car la résidence familiale était enregistrée aux deux noms et les parties avaient un compte chèque conjoint. Leurs paroles et leurs actes indiquaient qu'il existait une coentreprise familiale à laquelle le couple a contribué conjointement pour leur bénéfice et le bénéfice de leurs enfants. Il y a de fortes raisons d'inférer des conclusions de fait que, à la connaissance de S, V s'est fiée sur la relation à son détriment. Elle a renoncé à sa carrière et à son salaire et déménagé loin de sa famille et de ses amis. V est donc restée à la maison et s'est occupée de leurs deux jeunes enfants. Pendant la période d'enrichissement injustifié, V assumait une part disproportionnée des travaux domestiques. Il y avait un lien clair entre la contribution de V et l'accumulation de la richesse. La juge de première instance s'est prononcée de manière réaliste et pratique quant à la preuve et elle a pris en considération les importantes contributions non financières de S et les périodes pendant lesquelles les contributions de V n'étaient pas disproportionnées par rapport à celles de S, et sa décision devrait être rétablie.

Dans *Kerr*, la Cour d'appel a eu raison d'écarter les conclusions de première instance en ce qui concerne la fiducie résultoire et l'enrichissement injustifié et d'ordonner une nouvelle audition de la demande reconventionnelle de B. Compte tenu du dossier insatisfaisant en première instance, qui comprend des conclusions de fait clairement erronées, la demande de K fondée sur l'enrichissement injustifié n'aurait pas dû être rejetée mais la tenue d'un nouveau procès aurait dû être ordonnée. La Cour d'appel a commis une erreur en évaluant les contributions de B dans le cadre de l'analyse du motif juridique et a prématurément tronqué la preuve *prima facie* d'enrichissement injustifié de K. La méthode fondée sur l'avoir familial est rejetée, et pour démontrer qu'elle a droit à une part proportionnelle de la richesse accumulée pendant la relation, K doit établir que B s'est injustement enrichi à ses dépens, que leur relation constituait une coentreprise familiale et que ses contributions sont liées à l'accumulation de la richesse pendant la relation. Elle devrait ensuite démontrer quelle proportion de la richesse accumulée conjointement correspond à ses contributions. En ce qui concerne la demande reconventionnelle de B, certains éléments de preuve indiquaient que B a contribué de façon importante au bien-être de K de sorte que sa

contributions made by B. There are few findings of fact relevant to the key question of whether the parties' relationship constituted a joint family venture. Further, the Court of Appeal ought not to have set aside the trial judge's order for spousal support in favour of K effective on the date she had commenced proceedings. It is clear that K was in need of support from B at the date she started her proceedings and remained so at the time of trial. K should not have been faulted for not bringing an interim application in seeking support for the period in question. She suffered from a serious physical disability, and her standard of living was markedly lower than it was while she lived with B. B had the means to provide support, had prompt notice of her claim, and there was no indication in the Court of Appeal's reasons that it considered the judge's award imposed on him a hardship so as to make that award inappropriate.

### Cases Cited

**Applied:** *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980, rev'g (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 266, rev'g [1988] B.C.J. No. 887 (QL); *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629; **considered:** *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *Pecore v. Pecore*, 2007 SCC 17, [2007] 1 S.C.R. 795; *D.B.S. v. S.R.G.*, 2006 SCC 37, [2006] 2 S.C.R. 231; **referred to:** *Dyer v. Dyer* (1788), 2 Cox Eq. Cas. 92, 30 E.R. 42; *Murdoch v. Murdoch*, [1975] 1 S.C.R. 423; *Gissing v. Gissing*, [1970] 2 All E.R. 780; *Pettitt v. Pettitt*, [1970] A.C. 777; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Mack v. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 737; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, 2002 SCC 83, [2002] 4 S.C.R. 325; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Bell v. Bailey* (2001), 203 D.L.R. (4th) 589; *Wilson v. Fotsch*, 2010 BCCA 226, 319 D.L.R. (4th) 26; *Pickelein v. Gillmore* (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 44; *Harrison v. Kalinocha* (1994), 90 B.C.L.R. (2d) 273; *MacFarlane v. Smith*, 2003 NBCA 6, 256 N.B.R. (2d) 108; *Shannon v. Gidden*, 1999 BCCA 539, 71 B.C.L.R. (3d) 40; *Herman v. Smith* (1984), 42 R.F.L. (2d) 154; *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795; *Cadbury Schweppes Inc. v. FBI*

demande reconventionnelle ne peut simplement pas être rejetée. Le juge de première instance a aussi mentionné diverses autres contributions financières et non financières apportées par K au bien-être et au confort du couple, mais il ne les a pas évaluées et les a encore moins comparées à celles de B. Peu de conclusions de fait sont pertinentes en ce qui concerne la question clé de savoir si la relation des parties constituait une coentreprise familiale. De plus, la Cour d'appel n'aurait pas dû annuler l'ordonnance du juge de première instance accordant à K une pension alimentaire rétroactive à la date d'introduction de l'action. Il est clair que K avait besoin que B lui verse une pension alimentaire à la date où elle a introduit les procédures et qu'elle en avait toujours besoin lors du procès. On a eu tort de reprocher à K de ne pas avoir présenté une demande provisoire dans sa demande de pension alimentaire pour la période en question. Elle souffrait d'une grave invalidité physique et son niveau de vie était nettement inférieur à celui qu'elle avait quand elle habitait avec B. B avait les moyens de lui verser une pension, il avait reçu sans délai un avis de sa réclamation, et rien dans les motifs de la Cour d'appel n'indiquait qu'elle considérait que la pension alimentaire imposée par le juge mettait B dans une situation financière difficile, de sorte que l'ordonnance était inappropriée.

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, inf. (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 266, inf. [1988] B.C.J. No. 887 (QL); *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629; **arrêts examinés :** *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Pecore c. Pecore*, 2007 CSC 17, [2007] 1 R.C.S. 795; *D.B.S. c. S.R.G.*, 2006 CSC 37, [2006] 2 R.C.S. 231; **arrêts mentionnés :** *Dyer c. Dyer* (1788), 2 Cox Eq. Cas. 92, 30 E.R. 42; *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423; *Gissing c. Gissing*, [1970] 2 All E.R. 780; *Pettitt c. Pettitt*, [1970] A.C. 777; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Mack c. Canada (Procureur général)* (2002), 60 O.R. (3d) 756; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Bell c. Bailey* (2001), 203 D.L.R. (4th) 589; *Wilson c. Fotsch*, 2010 BCCA 226, 319 D.L.R. (4th) 26; *Pickelein c. Gillmore* (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 44; *Harrison c. Kalinocha* (1994), 90 B.C.L.R. (2d) 273; *MacFarlane c. Smith*, 2003 NBCA 6, 256 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 108; *Shannon c. Gidden*, 1999 BCCA 539, 71 B.C.L.R. (3d) 40; *Herman c. Smith* (1984), 42 R.F.L. (2d) 154; *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795; *Cadbury*

*Foods Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 142; *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217; *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2004 SCC 75, [2004] 3 S.C.R. 575; *Birmingham v. Ferguson*, 2004 CanLII 4764; *McDougall v. Gesell Estate*, 2001 MBCA 3, 153 Man. R. (2d) 54; *Nasser v. Mayer-Nasser* (2000), 5 R.F.L. (5th) 100; *Panara v. Di Ascenzo*, 2005 ABCA 47, 361 A.R. 382; *Ford v. Werden* (1996), 27 B.C.L.R. (3d) 169; *Thomas v. Fenton*, 2006 BCCA 299, 269 D.L.R. (4th) 376; *Giles v. McEwan* (1896), 11 Man. R. 150; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 S.C.R. 112; *Nance v. British Columbia Electric Railway Co.*, [1951] A.C. 601; *MacKinnon v. MacKinnon* (2005), 75 O.R. (3d) 175; *S. (L.) v. P. (E.)* (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 254.

### Statutes and Regulations Cited

*Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.).  
*Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, ss. 1(1) "spouse", 93(5)(d).

### Authors Cited

Birks, Peter. *An Introduction to the Law of Restitution*. Oxford: Clarendon Press, 1985.  
 Birks, Peter. *Unjust Enrichment*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.  
 Davies, J. D. "Duties of Confidence and Loyalty", [1990] *L.M.C.L.Q.* 4.  
 Fridman, G. H. L. *Restitution*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.  
 Gordon, Marie L. "Blame Over: Retroactive Child and Spousal Support in the Post-Guideline Era" (2004-2005), 23 *C.F.L.Q.* 243.  
 Lord Goff of Chieveley and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 7th ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.  
 Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990.  
 Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated August 2010, release 6).  
*Matrimonial Property Law in Canada*, vol. 1, by James G. McLeod and Alfred A. Mamo, eds. Toronto: Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2010, release 8).  
 McCamus, John D. "Restitution on Dissolution of Marital and Other Intimate Relationships: Constructive Trust or Quantum Meruit?", in Jason W. Neyers, Mitchell McInnes and Stephen G. A. Pitel, eds., *Understanding Unjust Enrichment*. Portland: Hart Publishing, 2004, 359.  
 Mee, John. *The Property Rights of Cohabitees: An Analysis of Equity's Response in Five Common Law Jurisdictions*. Portland: Hart Publishing, 1999.

*Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 142; *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217; *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2004 CSC 75, [2004] 3 R.C.S. 575; *Birmingham c. Ferguson*, 2004 CanLII 4764; *McDougall c. Gesell Estate*, 2001 MBCA 3, 153 Man. R. (2d) 54; *Nasser c. Mayer-Nasser* (2000), 5 R.F.L. (5th) 100; *Panara c. Di Ascenzo*, 2005 ABCA 47, 361 A.R. 382; *Ford c. Werden* (1996), 27 B.C.L.R. (3d) 169; *Thomas c. Fenton*, 2006 BCCA 299, 269 D.L.R. (4th) 376; *Giles c. McEwan* (1896), 11 Man. R. 150; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 R.C.S. 112; *Nance c. British Columbia Electric Railway Co.*, [1951] A.C. 601; *MacKinnon c. MacKinnon* (2005), 75 O.R. (3d) 175; *S. (L.) c. P. (E.)* (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 254.

### Lois et règlements cités

*Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 1(1) « spouse », 93(5)d).  
*Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.).

### Doctrine citée

Birks, Peter. *An Introduction to the Law of Restitution*. Oxford : Clarendon Press, 1985.  
 Birks, Peter. *Unjust Enrichment*, 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2005.  
 Davies, J. D. « Duties of Confidence and Loyalty », [1990] *L.M.C.L.Q.* 4.  
 Fridman, G. H. L. *Restitution*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992.  
 Gordon, Marie L. « Blame Over : Retroactive Child and Spousal Support in the Post-Guideline Era » (2004-2005), 23 *C.F.L.Q.* 243.  
 Lord Goff of Chieveley and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 7th ed. London : Sweet & Maxwell, 2007.  
 Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1990.  
 Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated August 2010, release 6).  
*Matrimonial Property Law in Canada*, vol. 1, by James G. McLeod and Alfred A. Mamo, eds. Toronto : Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2010, release 8).  
 McCamus, John D. « Restitution on Dissolution of Marital and Other Intimate Relationships : Constructive Trust or Quantum Meruit? », in Jason W. Neyers, Mitchell McInnes and Stephen G. A. Pitel, eds., *Understanding Unjust Enrichment*. Portland : Hart Publishing, 2004, 359.  
 Mee, John. *The Property Rights of Cohabitees : An Analysis of Equity's Response in Five Common Law Jurisdictions*. Portland : Hart Publishing, 1999.

*Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials*, 7th ed. by A. H. Oosterhoff et al. Toronto: Carswell, 2009.

Parkinson, Patrick. "Beyond *Pettkus v. Becker*: Quantifying Relief for Unjust Enrichment" (1993), 43 *U.T.L.J.* 217.

Pettit, Philip H. *Equity and the Law of Trusts*, 11th ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

Scane, Ralph E. "Relationships "Tantamount to Spousal", Unjust Enrichment, and Constructive Trusts" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 260.

Waters, Donovan. Comment (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 366.

*Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto: Thomson, 2005.

Youdan, Timothy G. "Resulting and Constructive Trusts", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law: Roles, Fairness and Equality*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994, 169.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Levine, Tysoe and Smith J.J.A.), 2009 BCCA 111, 93 B.C.L.R. (4th) 201, 266 B.C.A.C. 298, [2009] 9 W.W.R. 285, 66 R.F.L. (6th) 1, [2009] B.C.J. No. 474 (QL), 2009 CarswellBC 642, reversing in part a decision of Romilly J., 2007 BCSC 1863, 47 R.F.L. (6th) 103, [2007] B.C.J. No. 2737 (QL), 2007 CarswellBC 3047. Appeal allowed in part.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Weiler, Juriansz and Epstein J.J.A.), 2009 ONCA 595, 252 O.A.C. 218, 96 O.R. (3d) 321, [2009] O.J. No. 3211 (QL), 2009 CarswellOnt 4407, reversing a decision of Blishen J., 2008 CanLII 35922, [2008] O.J. No. 2832 (QL), 2008 CarswellOnt 4265. Appeal allowed.

*Armand A. Petronio and Geoffrey B. Gomery*, for the appellant Margaret Kerr.

*Susan G. Label and Marie-France Major*, for the respondent Nelson Baranow.

*John E. Johnson*, for the appellant Michele Vanasse.

*H. Hunter Phillips*, for the respondent David Seguin.

*Oosterhoff on Trusts : Text, Commentary and Materials*, 7th ed. by A. H. Oosterhoff et al. Toronto : Carswell, 2009.

Parkinson, Patrick. « Beyond *Pettkus v. Becker* : Quantifying Relief for Unjust Enrichment » (1993), 43 *U.T.L.J.* 217.

Pettit, Philip H. *Equity and the Law of Trusts*, 11th ed. Oxford : Oxford University Press, 2009.

Scane, Ralph E. « Relationships "Tantamount to Spousal", Unjust Enrichment, and Constructive Trusts » (1991), 70 *R. du B. can.* 260.

Waters, Donovan. Comment (1975), 53 *R. du B. can.* 366.

*Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto : Thomson, 2005.

Youdan, Timothy G. « Resulting and Constructive Trusts », in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law : Roles, Fairness and Equality*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1994, 169.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Levine, Tysoe et Smith), 2009 BCCA 111, 93 B.C.L.R. (4th) 201, 266 B.C.A.C. 298, [2009] 9 W.W.R. 285, 66 R.F.L. (6th) 1, [2009] B.C.J. No. 474 (QL), 2009 CarswellBC 642, qui a infirmé en partie une décision du juge Romilly, 2007 BCSC 1863, 47 R.F.L. (6th) 103, [2007] B.C.J. No. 2737 (QL), 2007 CarswellBC 3047. Pourvoi accueilli en partie.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Weiler, Juriansz et Epstein), 2009 ONCA 595, 252 O.A.C. 218, 96 O.R. (3d) 321, [2009] O.J. No. 3211 (QL), 2009 CarswellOnt 4407, qui a infirmé une décision de la juge Blishen, 2008 CanLII 35922, [2008] O.J. No. 2832 (QL), 2008 CarswellOnt 4265. Pourvoi accueilli.

*Armand A. Petronio et Geoffrey B. Gomery*, pour l'appelante Margaret Kerr.

*Susan G. Label et Marie-France Major*, pour l'intimé Nelson Baranow.

*John E. Johnson*, pour l'appelante Michele Vanasse.

*H. Hunter Phillips*, pour l'intimé David Seguin.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

CROMWELL J. —

LE JUGE CROMWELL —

### I. Introduction

### I. Introduction

[1] In a series of cases spanning 30 years, the Court has wrestled with the financial and property rights of parties on the breakdown of a marriage or domestic relationship. Now, for married spouses, comprehensive matrimonial property statutes enacted in the late 1970s and 1980s provide the applicable legal framework. But for unmarried persons in domestic relationships in most common law provinces, judge-made law was and remains the only option. The main legal mechanisms available to parties and courts have been the resulting trust and the action in unjust enrichment.

[1] Dans une série de décisions rendues dans les 30 dernières années, la Cour s'est heurtée aux questions de droits financiers et de droits des biens des parties à la rupture du mariage ou de la relation conjugale. Aujourd'hui, des lois exhaustives en matière de régimes matrimoniaux adoptées à la fin des années 1970 et dans les années 1980 prévoient le cadre juridique applicable aux époux. Cependant, en ce qui concerne les conjoints non mariés dans la plupart des provinces de common law, le recours au droit jurisprudentiel était et demeure la seule solution. Les principaux mécanismes juridiques auxquels les parties et les tribunaux peuvent avoir recours sont la fiducie résultoire et l'action en enrichissement injustifié.

[2] In the early cases of the 1970s, the parties and the courts turned to the resulting trust. The underlying legal principle was that contributions to the acquisition of a property, which were not reflected in the legal title, could nonetheless give rise to a property interest. Added to this underlying notion was the idea that a resulting trust could arise based on the "common intention" of the parties that the non-owner partner was intended to have an interest. The resulting trust soon proved to be an unsatisfactory legal solution for many domestic property disputes, but claims continue to be advanced and decided on that basis.

[2] Dans les premières décisions rendues dans les années 1970, les parties et les tribunaux se sont tournés vers la fiducie résultoire. Selon le principe juridique sous-jacent, les contributions à l'acquisition de biens, qui n'étaient pas indiquées dans le titre de propriété, pouvaient néanmoins créer un droit de propriété. À ce principe s'ajoutait l'idée qu'une fiducie résultoire pouvait découler d'une « intention commune » des parties d'accorder un droit au partenaire non propriétaire. La fiducie résultoire s'est vite avérée une solution juridique insatisfaisante dans de nombreux litiges se rapportant aux biens conjugaux, mais des recours sont encore intentés et tranchés sur ce fondement.

[3] As the doctrinal problems and practical limitations of the resulting trust became clearer, parties and courts turned increasingly to the emerging law of unjust enrichment. As the law developed, unjust enrichment carried with it the possibility of a remedial constructive trust. In order to successfully prove a claim for unjust enrichment, the claimant must show that the defendant has been enriched, the claimant suffered a corresponding detriment, and there is no "juristic reason" for the enrichment.

[3] À mesure que les problèmes théoriques et les limitations pratiques de la fiducie résultoire se sont précisés, les parties et les tribunaux se sont de plus en plus tournés vers le droit naissant de l'enrichissement injustifié. Au fil de son évolution, l'enrichissement injustifié a conduit à la possibilité d'une fiducie constructrice de nature réparatoire. Pour réussir à établir le bien-fondé d'une action en enrichissement injustifié, le demandeur doit démontrer l'enrichissement du défendeur, son

This claim has become the pre-eminent vehicle for addressing the financial consequences of the breakdown of domestic relationships. However, various issues continue to create controversy, and these two appeals, argued consecutively, provide the Court with the opportunity to address them.

[4] In the *Kerr* appeal, a couple in their late 60s separated after a common law relationship of more than 25 years. Both had worked through much of that time and each had contributed in various ways to their mutual welfare. Ms. Kerr claimed support and a share of property held in her partner's name based on resulting trust and unjust enrichment principles. The trial judge awarded her one-third of the value of the couple's residence, grounded in both resulting trust and unjust enrichment claims (2007 BCSC 1863, 47 R.F.L. (6th) 103). He did not address, other than in passing, Mr. Baranow's counterclaim that Ms. Kerr had been unjustly enriched at his expense. The judge also ordered substantial monthly support for Ms. Kerr pursuant to statute, effective as of the date she applied to the court for relief. However, the resulting trust and unjust enrichment conclusions of the trial judge were set aside by the British Columbia Court of Appeal (2009 BCCA 111, 93 B.C.L.R. (4th) 201). Both lower courts addressed the role of the parties' common intention and reasonable expectations. The appeal to this Court raises the questions of the role of resulting trust law in these types of disputes, as well as how an unjust enrichment analysis should take account of the mutual conferral of benefits and what role the parties' intentions and expectations play in that analysis. This Court is also called upon to decide whether the award of spousal support should be effective as of the date of application, as found by the trial judge, the date the trial began, as ordered by the Court of Appeal, or some other date.

propre appauvrissement correspondant et l'absence de « motif juridique » de l'enrichissement. Ce recours est devenu le moyen prééminent pour traiter des conséquences financières de la rupture des relations conjugales. Cependant, diverses questions continuent de susciter la controverse, et ces deux pourvois entendus consécutivement donnent à la Cour l'occasion d'y répondre.

[4] Dans le pourvoi *Kerr*, un couple dans la soixantaine avancée s'est séparé après plus de 25 ans de vie commune. Tous deux avaient travaillé pendant presque toutes ces années et avaient chacun contribué de diverses façons à leur bien-être commun. Sur le fondement de la fiducie résultoire et de l'enrichissement injustifié, M<sup>me</sup> Kerr a réclamé une pension alimentaire et une part des biens détenus au nom de son conjoint. Le juge de première instance lui a accordé un tiers de la valeur de la résidence du couple au titre de la fiducie résultoire et de l'enrichissement injustifié (2007 BCSC 1863, 47 R.F.L. (6th) 103). Il n'a pas traité, sauf dans une remarque incidente, de la demande reconventionnelle de M. Baranow suivant laquelle M<sup>me</sup> Kerr se serait injustement enrichie à ses dépens. Le juge a aussi ordonné le paiement d'une pension alimentaire mensuelle élevée à M<sup>me</sup> Kerr en vertu de la loi, et ce, à compter de la date à laquelle la demande de réparation a été présentée à la cour. Toutefois, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a écarté les conclusions du juge de première instance se rapportant à la fiducie résultoire et à l'enrichissement injustifié (2009 BCCA 111, 93 B.C.L.R. (4th) 201). Les deux tribunaux d'instance inférieure ont examiné le rôle que peuvent jouer l'intention commune et les attentes raisonnables des parties. Le présent pourvoi soulève des questions relatives au rôle du droit des fiducies résultoires dans les litiges de ce genre, ainsi que celle de la mesure dans laquelle l'analyse de l'enrichissement injustifié devrait prendre en compte les avantages réciproques et de l'importance à accorder aux intentions et attentes des parties dans cette analyse. Notre Cour est également appelée à décider si l'ordonnance alimentaire en faveur d'un conjoint devrait prendre effet à la date de la demande, comme l'a conclu le juge de première instance, à la date du procès, comme l'a ordonné la Cour d'appel, ou à une autre date.

[5] In the *Vanasse* appeal, the central problem is how to quantify a monetary award for unjust enrichment. It is agreed that Mr. Seguin was unjustly enriched by the contributions of his partner, Ms. Vanasse; the two lived in a common law relationship for about 12 years and had two children together during this time. The trial judge valued the extent of the enrichment by determining what proportion of Mr. Seguin's increased wealth was due to Ms. Vanasse's efforts as an equal contributor to the family venture (2008 CanLII 35922). The Court of Appeal set aside this finding and, while ordering a new trial, directed that the proper approach to valuation was to place a monetary value on the services provided by Ms. Vanasse to the family, taking due account of Mr. Seguin's own contributions by way of set-off (2009 ONCA 595, 252 O.A.C. 218). In short, the Court of Appeal held that Ms. Vanasse should be treated as an unpaid employee, not a co-venturer. The appeal to this Court challenges this conclusion.

[6] These appeals require us to resolve five main issues. The first concerns the role of the "common intention" resulting trust in claims by domestic partners. In my view, it is time to recognize that the "common intention" approach to resulting trust has no further role to play in the resolution of property claims by domestic partners on the breakdown of their relationship.

[7] The second issue concerns the nature of the money remedy for a successful unjust enrichment claim. Some courts take the view that if the claimant's contribution cannot be linked to specific property, a money remedy must always be assessed on a fee-for-services basis. Other courts have taken a more flexible approach. In my view, where both parties have worked together for the common good, with each making extensive, but different, contributions to the welfare of the other and, as a result,

[5] Dans le pourvoi *Vanasse*, le problème fondamental est de savoir comment déterminer l'indemnité à accorder pour enrichissement injustifié. Il est admis que M. Seguin s'est injustement enrichi grâce aux contributions de sa conjointe, M<sup>me</sup> Vanasse; ils ont vécu en union de fait pendant environ 12 ans et ils ont eu deux enfants pendant cette période. La juge de première instance a établi la valeur de l'enrichissement en déterminant la proportion de l'avoir de M. Seguin qui était attribuable aux efforts de M<sup>me</sup> Vanasse, qui avait contribué de manière aussi importante à l'entreprise familiale (2008 CanLII 35922). La Cour d'appel a écarté cette conclusion et, bien qu'elle ait ordonné la tenue d'un nouveau procès, elle a indiqué que la méthode appropriée pour déterminer la valeur de l'enrichissement injustifié consistait à attribuer une valeur pécuniaire aux services fournis à la famille par M<sup>me</sup> Vanasse, en prenant en considération les contributions de M. Seguin en compensation (2009 ONCA 595, 252 O.A.C. 218). En résumé, la Cour d'appel a conclu que M<sup>me</sup> Vanasse devait être considérée comme une employée non rémunérée, et non comme une co-entrepreneure. Dans le présent pourvoi, on conteste cette conclusion.

[6] Les présents pourvois nous obligent à répondre à cinq questions principales. La première porte sur le rôle de la fiducie résultative fondée sur l'intention commune dans les réclamations présentées par les partenaires vivant en union libre. À mon avis, il est temps de reconnaître que, dans l'examen de la fiducie résultative, il ne faut plus accorder un rôle à l'« intention commune » lorsqu'il s'agit de trancher les réclamations fondées sur un droit de propriété présentées par des partenaires vivant en union libre au moment de la rupture de leur relation.

[7] La deuxième question porte sur la nature de l'indemnité pécuniaire pour enrichissement injustifié. Selon certains tribunaux, s'il est impossible d'établir un lien entre la contribution d'un demandeur et un bien précis, une réparation pécuniaire doit toujours être évaluée en fonction de la valeur des services rendus. D'autres tribunaux ont adopté une approche plus souple. À mon avis, si les deux parties ont travaillé ensemble dans un intérêt commun et ont fait des contributions importantes,

have accumulated assets, the money remedy for unjust enrichment should reflect that reality. The money remedy in those circumstances should not be based on a minute totting up of the give and take of daily domestic life, but rather should treat the claimant as a co-venturer, not as the hired help.

[8] The third area requiring clarification relates to mutual benefit conferral. Many domestic relationships involve the mutual conferral of benefits, in the sense that each contributes in various ways to the welfare of the other. The question is how and at what point in the unjust enrichment analysis should this mutual conferral of benefits be taken into account? For reasons I will develop below, this issue should, with a small exception, be addressed at the defence and remedy stage.

[9] Fourth, there is the question of what role the parties' reasonable or legitimate expectations play in the unjust enrichment analysis. My view is that they have a limited role, and must be considered in relation to whether there is a juristic reason for the enrichment.

[10] Finally, there is the issue of the appropriate date for the commencement of spousal support. In my respectful view, the Court of Appeal erred in setting aside the trial judge's selection of the date of application in the circumstances of the *Kerr* appeal.

[11] I will first address the law of resulting trusts as it applies to the breakdown of a marriage-like relationship. Next, I will turn to the law of unjust enrichment in this context. Finally, I will address the specific issues raised in the two appeals.

## II. Resulting Trusts

[12] The resulting trust played an important role in the early years of the Court's jurisprudence relating to property rights following the breakdown of

mais différentes, au bien-être de l'autre et, de ce fait, elles ont accumulé des biens, la réparation pécuniaire pour enrichissement injustifié devrait refléter cette réalité. Dans ces circonstances, la réparation ne devrait pas être fondée sur un calcul détaillé des contributions et des concessions de la vie quotidienne; le demandeur devrait être traité comme un co-entrepreneur plutôt qu'un employé.

[8] La troisième question qui mérite clarification se rapporte aux avantages réciproques. Plusieurs relations conjugales supposent des avantages réciproques, dans le sens que chacune des parties contribue de diverses façons au bien-être de l'autre. La question est de savoir comment et à quel moment de l'analyse de l'enrichissement injustifié ces avantages réciproques devraient être pris en considération. Pour des raisons que je vais exposer plus loin, cette question devrait, à une exception près, être traitée à l'étape de la défense et de la réparation.

[9] La quatrième question concerne le rôle que jouent les attentes raisonnables ou légitimes des parties dans l'analyse de l'enrichissement injustifié. Je suis d'avis qu'elles ont un rôle limité et qu'elles doivent être examinées par rapport à la question de savoir s'il y a un motif juridique de l'enrichissement.

[10] Enfin, il reste la question de la date de prise d'effet de la pension alimentaire. À mon avis, dans l'affaire *Kerr*, la Cour d'appel a commis une erreur en annulant la décision du juge de première instance quant à la date de prise d'effet de la pension dans les circonstances.

[11] Je vais d'abord traiter du droit des fiducies résultoires tel qu'il s'applique à la rupture d'une relation de nature conjugale. Ensuite, j'examinerai le droit relatif à l'enrichissement injustifié dans ce contexte. Enfin, je vais aborder les questions particulières soulevées dans les deux pourvois.

## II. Fiducies résultoires

[12] La fiducie résultoire a joué un rôle important dans les premières décisions de la Cour se rapportant aux droits de propriété à la suite de la rupture



intimate personal relationships. This is not surprising; it had been settled law since at least 1788 in England (and likely long before) that the trust of a legal estate, whether in the names of the purchaser or others, “results” to the person who advances the purchase money: *Dyer v. Dyer* (1788), 2 Cox Eq. Cas. 92, 30 E.R. 42, at p. 43. The resulting trust, therefore, seemed a promising vehicle to address claims that one party’s contribution to the acquisition of property was not reflected in the legal title.

[13] The resulting trust jurisprudence in domestic property cases developed into what has been called “a purely Canadian invention”, the “common intention” resulting trust: A. H. Oosterhoff, et al., *Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials* (7th ed. 2009), at p. 642. While this vehicle has largely been eclipsed by the law of unjust enrichment since the decision of the Court in *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, claims based on the “common intention” resulting trust continue to be advanced. In the *Kerr* appeal, for example, the trial judge justified the imposition of a resulting trust, in part, on the basis that the parties had a common intention that Mr. Baranow would hold title to the property by way of a resulting trust for Ms. Kerr. The Court of Appeal, while reversing the trial judge’s finding of fact on this point, implicitly accepted the ongoing vitality of the common intention resulting trust.

[14] However promising this common intention resulting trust approach looked at the beginning, doctrinal and practical problems soon became apparent and have been the subject of comment by the Court and scholars: see, e.g., *Pettkus*, at pp. 842-43; Oosterhoff, at pp. 641-47; D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters’ Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005) (“*Waters’*”), at pp. 430-35; J. Mee, *The Property Rights of Cohabitees: An Analysis of Equity’s Response in Five Common Law Jurisdictions* (1999), at pp. 39-43; T. G. Youdan, “Resulting and Constructive Trusts”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper*

d’une relation personnelle. Cela n’est guère surprenant; il est bien établi en droit, depuis au moins 1788 en Angleterre (et probablement bien avant), qu’une fiducie à l’égard d’un domaine légal au nom de l’acheteur ou d’une autre personne est créée au bénéfice de la personne qui fournit le prix d’achat : *Dyer c. Dyer* (1788), 2 Cox Eq. Cas. 92, 30 E.R. 42, p. 43. Par conséquent, la fiducie résultoire semblait être un moyen prometteur de traiter la prétention selon laquelle la contribution d’une partie à l’acquisition d’un bien ne se reflétait pas dans le titre de propriété.

[13] La jurisprudence portant sur la fiducie résultoire en matière de biens familiaux a donné lieu à ce qu’on a appelé [TRADUCTION] « une invention purement canadienne », la fiducie résultoire fondée sur « l’intention commune » : A. H. Oosterhoff, et autres, *Oosterhoff on Trusts : Text, Commentary and Materials* (7<sup>e</sup> éd. 2009), p. 642. Bien que ce recours ait été largement éclipsé par les règles de l’enrichissement injustifié depuis l’arrêt de notre Cour *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, des réclamations fondées sur l’« intention commune » de créer une fiducie résultoire continuent d’être présentées. Par exemple, dans l’affaire *Kerr*, le juge de première instance a justifié l’existence d’une fiducie résultoire, en partie, parce que les parties voulaient toutes les deux que M. Baranow détienne le titre de propriété au moyen d’une fiducie résultoire pour M<sup>me</sup> Kerr. La Cour d’appel, tout en infirmant la conclusion de fait du juge de première instance sur ce point, a implicitement accepté la validité de la fiducie résultoire fondée sur l’intention commune.

[14] La fiducie résultoire fondée sur l’intention commune est apparue comme une méthode prometteuse au début, mais les problèmes théoriques et pratiques sont vite devenus évidents et ont suscité les commentaires de la Cour et des auteurs : voir, par exemple, *Pettkus*, p. 842-843; Oosterhoff, p. 641-647; D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters’ Law of Trusts in Canada* (3<sup>e</sup> éd. 2005) (« *Waters’* »), p. 430-435; J. Mee, *The Property Rights of Cohabitees : An Analysis of Equity’s Response in Five Common Law Jurisdictions* (1999), p. 39-43; T. G. Youdan, « Resulting and Constructive Trusts », dans *Special*

*Canada 1993 — Family Law: Roles, Fairness and Equality* (1994), 169, at pp. 172-74.

[15] In this Court, since *Pettkus*, the common intention resulting trust remains intact but unused. While traditional resulting trust principles may well have a role to play in the resolution of property disputes between unmarried domestic partners, the time has come to acknowledge that there is no continuing role for the common intention resulting trust. To explain why, I must first put the question in the context of some basic principles about resulting trusts.

[16] That task is not as easy as it should be; there is not much one can say about resulting trusts without a well-grounded fear of contradiction. There is debate about how they should be classified and how they arise, let alone about many of the finer points: see, e.g., *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436, at pp. 449-50; *Waters*, at pp. 19-22; P. H. Pettit, *Equity and the Law of Trusts* (11th ed. 2009), at p. 67. However, it is widely accepted that the underlying notion of the resulting trust is that it is imposed “to return property to the person who gave it and is entitled to it beneficially, from someone else who has title to it. Thus, the beneficial interest ‘results’ (jumps back) to the true owner”: Oosterhoff, at p. 25. There is also widespread agreement that, traditionally, resulting trusts arose where there had been a gratuitous transfer or where the purposes set out by an express or implied trust failed to exhaust the trust property: *Waters*, at p. 21.

[17] Resulting trusts arising from gratuitous transfers are the ones relevant to domestic situations. The traditional view was they arose in two types of situations: the gratuitous transfer of property from one partner to the other, and the joint contribution by two partners to the acquisition of property, title to which is in the name of only one of them. In either case, the transfer is gratuitous, in

*Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law : Roles, Fairness and Equality* (1994), 169, p. 172-174.

[15] Devant notre Cour, depuis l’arrêt *Pettkus*, la fiducie résultoire fondée sur l’intention commune demeure intacte mais inutilisée. Il se pourrait bien que les principes traditionnels de la fiducie résultoire aient un rôle à jouer dans le règlement des litiges concernant les biens entre des partenaires non mariés, mais le moment est venu de reconnaître que la fiducie résultoire fondée sur l’intention commune a perdu sa raison d’être. Pour expliquer cette conclusion, je dois d’abord situer la question dans le contexte de certains principes de base se rapportant aux fiducies résultoires.

[16] Cette tâche n’est pas aussi simple qu’elle devrait l’être; dès que l’on aborde le sujet des fiducies résultoires, on risque la contradiction. Un débat entoure le mode de constitution et de classification de ce type de fiducie, sans compter de nombreuses autres subtilités : voir, par exemple, *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, p. 449-450; *Waters*, p. 19-22; P. H. Pettit, *Equity and the Law of Trusts* (11<sup>e</sup> éd. 2009), p. 67. Toutefois, il est largement reconnu que la notion sous-jacente de la fiducie résultoire est qu’elle est imposée afin que [TRADUCTION] « la personne qui détient le titre sur le bien le retourne à la personne qui lui a donné et qui détient le droit à titre de bénéficiaire. Ainsi, l’intérêt bénéficiaire “revient” (retourne) au véritable propriétaire » : Oosterhoff, p. 25. De plus, on s’entend de manière générale pour dire que, traditionnellement, les fiducies résultoires prenaient naissance dans les cas où il y avait eu un transfert à titre gratuit ou quand les fins énoncées par une fiducie explicite ou implicite n’avaient pas permis d’épuiser les biens en fiducie : *Waters*, p. 21.

[17] Les fiducies résultoires découlant de transferts à titre gratuit sont celles qui sont pertinentes en matière familiale. Selon le point de vue traditionnel, elles découlaient de deux types de situations : le transfert à titre gratuit d’un bien d’un partenaire à l’autre, et la contribution des deux partenaires à l’acquisition d’un bien, dont le titre est au nom d’un seul des partenaires. Dans l’un ou l’autre

the first case because there was no consideration for the transfer of the property, and in the second case because there was no consideration for the contribution to the acquisition of the property.

[18] The Court's most recent decision in relation to resulting trusts is consistent with the view that, in these gratuitous transfer situations, the actual intention of the grantor is the governing consideration: *Pecore v. Pecore*, 2007 SCC 17, [2007] 1 S.C.R. 795, at paras. 43-44. As Rothstein J. noted at para. 44 of *Pecore*, where a gratuitous transfer is being challenged, "[t]he trial judge will commence his or her inquiry with the applicable presumption and will weigh all of the evidence in an attempt to ascertain, on a balance of probabilities, the transferor's actual intention" (emphasis added).

[19] As noted by Rothstein J. in this passage, presumptions may come into play when dealing with gratuitous transfers. The law generally presumes that the grantor intended to create a trust, rather than to make a gift, and so the presumption of resulting trust will often operate. As Rothstein J. explained, a presumption of a resulting trust is the general rule that applies to gratuitous transfers. When such a transfer is made, the onus will be on the person receiving the transfer to demonstrate that a gift was intended. Otherwise, the transferee holds that property in trust for the transferor. This presumption rests on the principle that equity presumes bargains and not gifts (*Pecore*, at para. 24).

[20] The presumption of resulting trust, however, is neither universal nor irrefutable. So, for example, in the case of transfers between persons in certain relationships (such as from a parent to a minor child), a presumption of advancement — that is, a presumption that the grantor intended to make a gift — rather than a presumption of resulting trust applies: see *Pecore*, at paras. 27-41. The presumption of advancement traditionally applied to grants from husband to wife, but the presumption of resulting trust traditionally applied to

des cas, le transfert est à titre gratuit; dans le premier cas, parce que le transfert du bien s'effectue sans contrepartie, et dans le second cas, parce que la contribution à l'acquisition du bien est faite sans contrepartie.

[18] L'arrêt le plus récent de la Cour en matière de fiducies résultoires confirme l'approche selon laquelle, dans ces situations de transfert à titre gratuit, l'intention réelle du donateur est le facteur déterminant : *Pecore c. Pecore*, 2007 CSC 17, [2007] 1 R.C.S. 795, par. 43-44. Comme le juge Rothstein l'a indiqué au par. 44 de *Pecore*, lorsqu'un transfert à titre gratuit est contesté, « [l]e juge de première instance entamera son instruction en appliquant la présomption appropriée et il appréciera tous les éléments de preuve pour déterminer l'intention réelle de l'auteur du transfert, selon la prépondérance des probabilités » (je souligne).

[19] Comme le fait remarquer le juge Rothstein dans ce passage, les présomptions peuvent entrer en jeu lorsqu'il est question de transferts à titre gratuit. Le droit présume généralement que le donateur avait l'intention de créer une fiducie, au lieu de faire une donation, de sorte que la présomption de fiducie résultoire trouve souvent application. Comme l'a expliqué le juge Rothstein, une présomption de fiducie résultoire est la règle générale applicable aux transferts à titre gratuit. Dans le cas d'un tel transfert, la preuve de l'intention de faire un don incombe à son destinataire. Autrement, le destinataire détient le bien en fiducie au profit de l'auteur du transfert. Cette présomption repose sur le principe que l'équité présume l'existence d'une entente, et non d'une donation (*Pecore*, par. 24).

[20] Cependant, la présomption de fiducie résultoire n'est ni universelle ni irréfutable. Ainsi, par exemple, dans le cas de transferts entre des personnes ayant entre eux une certaine relation (comme celle d'un parent à un enfant mineur), une présomption d'avancement — c'est-à-dire une présomption selon laquelle l'auteur du transfert avait l'intention de faire une donation — au lieu d'une présomption de fiducie résultoire s'applique : voir *Pecore*, par. 27-41. Traditionnellement, la présomption d'avancement s'appliquait aux transferts à l'épouse alors

grants from wife to husband. Whether the application of the presumption of advancement applies to unmarried couples may be more controversial: Oosterhoff, at pp. 681-82. Although the trial judge in *Kerr* touched on this issue, neither party relies on the presumption of advancement and I need say nothing further about it.

[21] That brings me to the “common intention” resulting trust. It figured prominently in the majority judgment in *Murdoch v. Murdoch*, [1975] 1 S.C.R. 423. Quoting from Lord Diplock’s speech in *Gissing v. Gissing*, [1970] 2 All E.R. 780 (H.L.), at pp. 789 and 793, Martland J. held for the majority that, absent a financial contribution to the acquisition of the contested property, a resulting trust could only arise “where the court is satisfied by the words or conduct of the parties that it was their common intention that the beneficial interest was not to belong solely to the spouse in whom the legal estate was vested but was to be shared between them in some proportion or other”: *Murdoch*, at p. 438.

[22] This approach was repeated and followed by a majority of the Court three years later in *Rathwell*, at pp. 451-53, although the Court also unanimously found there had been a direct financial contribution by the claimant. In *Rathwell*, there is, as well, some blurring of the notions of contribution and common intention; there are references to the fact that a presumption of resulting trust is sometimes explained by saying that the fact of contribution evidences the common intention to share ownership: see p. 452, *per* Dickson J. (as he then was); p. 474, *per* Ritchie J. This blurring is also evident in the reasons of the Court of Appeal in *Kerr*, where the court said, at para. 42, that “[a] resulting trust is an equitable doctrine that, by operation of law, imposes a trust on a party who holds legal title to property that was gratuitously transferred to that party by another and where there is evidence of a common intention that the property was to be shared by both parties” (emphasis added).

que la présomption de fiducie résultoire s’appliquait aux transferts à l’époux. Il est fort possible que la question de savoir si la présomption d’avancement s’applique aux couples non mariés soit plus controversée : Oosterhoff, p. 681-682. Bien que, dans *Kerr*, le juge de première instance ait abordé cette question, ni l’une ni l’autre des parties n’invoque la présomption d’avancement et je ne dirai rien de plus sur cette question.

[21] Cela m’amène à la fiducie résultoire fondée sur l’« intention commune ». Elle a eu beaucoup d’importance dans les motifs de la majorité dans l’arrêt *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423. Citant un extrait des motifs de lord Diplock dans *Gissing c. Gissing*, [1970] 2 All E.R. 780 (H.L.), p. 789 et 793, le juge Martland a conclu au nom de la majorité que, en l’absence d’une contribution financière à l’acquisition du bien contesté, une fiducie résultoire ne pouvait prendre naissance « que dans des cas où la cour est convaincue par les paroles ou la conduite des parties que leur intention commune était que la propriété véritable n’appartiendrait pas seulement au conjoint investi de la propriété légale mais serait partagée entre eux selon telle ou telle proportion » : *Murdoch*, p. 438.

[22] Trois ans plus tard, cette approche a été retenue et adoptée par une majorité de la Cour dans *Rathwell*, p. 451-453, bien que la Cour ait aussi conclu à l’unanimité qu’il y avait eu une contribution financière directe de la part de la demanderesse. Dans cet arrêt, les notions de contribution et d’intention commune sont aussi embrouillées; on y mentionne le fait qu’une présomption de fiducie résultoire s’explique parfois par le fait que la contribution prouve l’intention commune de partager le titre de propriété : voir p. 452, le juge Dickson (plus tard Juge en chef); p. 474, le juge Ritchie. Cette confusion ressort aussi des motifs de la Cour d’appel dans *Kerr*, où la cour a affirmé au par. 42 qu’[TRADUCTION] « [u]ne fiducie résultoire est une notion d’equity qui, par effet de la loi, impose une fiducie à une partie qui détient un titre légal afférent à un bien qui lui a été transféré à titre gratuit par une autre partie et dans les cas où des éléments de preuve indiquent l’intention commune qu’avaient les parties de partager le bien » (je souligne).

[23] The Court's development of the common intention resulting trust ended with *Pettkus*, in which Dickson J. (as he then was) noted the "many difficulties, chronicled in the cases and in the legal literature" as well as the "artificiality of the common intention approach" to resulting trusts: at pp. 842-43. He also clearly rejected the notion that the requisite common intention could be attributed to the parties where such an intention was negated by the evidence: p. 847. The import of *Pettkus* was that the law of unjust enrichment, coupled with the remedial constructive trust, became the more flexible and appropriate lens through which to view property and financial disputes in domestic situations. As Ms. Kerr stated in her factum, the "approach enunciated in *Pettkus v. Becker* has become the dominant legal paradigm for the resolution of property disputes between common law spouses" (para. 100).

[24] This, in my view, is as it should be, and the time has come to say that the common intention resulting trust has no further role to play in the resolution of domestic cases. I say this for four reasons.

[25] First, as the abundant scholarly criticism demonstrates, the common intention resulting trust is doctrinally unsound. It is inconsistent with the underlying principles of resulting trust law. Where the issue of intention is relevant to the finding of resulting trust, it is the intention of the grantor or contributor alone that counts. As Professor Waters puts it, "In imposing a resulting trust upon the recipient, Equity is never concerned with [common] intention" (*Waters'*, at p. 431). The underlying principles of resulting trust law also make it hard to accommodate situations in which the contribution made by the claimant was not in the form of property or closely linked to its acquisition. The point of the resulting trust is that the claimant is asking for his or her own property back, or for the recognition of his or her proportionate interest in the asset which the other has acquired with

[23] La Cour a cessé d'acquiescer à la notion de fiducie résultoire fondée sur l'intention commune dans l'arrêt *Pettkus*, où le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a souligné les « multiples difficultés, mentionnées dans la jurisprudence et les commentaires sur le sujet » ainsi que « le caractère artificiel de la recherche de l'intention commune » dans les fiducies résultoires : p. 842-843. Le juge Dickson a aussi clairement rejeté la notion selon laquelle l'intention commune requise pouvait être attribuée aux parties lorsqu'une telle intention était réfutée par la preuve : p. 847. Par suite de l'arrêt *Pettkus*, les règles de l'enrichissement injustifié, conjuguées aux règles de la fiducie constructive de nature réparatoire, sont devenues le mécanisme le plus souple et le plus approprié pour résoudre les litiges en matière de biens et les différends financiers en matière familiale. Comme M<sup>me</sup> Kerr l'affirme dans son mémoire, [TRADUCTION] « l'approche énoncée dans l'arrêt *Pettkus c. Becker* est devenue le paradigme juridique dominant pour la résolution de litiges en matière de biens entre conjoints de fait » (par. 100).

[24] Selon moi, il doit en être ainsi et le moment est venu de dire que la fiducie résultoire à base d'intention commune n'a plus aucun rôle à jouer dans la résolution des litiges familiaux, et ce, pour quatre raisons.

[25] Premièrement, comme le démontrent les abondantes critiques, la fiducie résultoire basée sur l'intention commune est mal fondée sur le plan théorique. Elle est incompatible avec les principes sous-jacents du droit des fiducies résultoires. Dans les cas où la question de l'intention est pertinente pour conclure à l'existence d'une fiducie résultoire, seule l'intention du donateur ou du contributeur compte. Comme l'a dit le professeur Waters, [TRADUCTION] « [e]n imposant une fiducie résultoire au bénéficiaire, l'equity ne s'intéresse jamais à l'intention [commune] » (*Waters'*, p. 431). Les principes sous-jacents du droit des fiducies résultoires s'appliquent mal également aux situations où la contribution du demandeur ne s'est pas faite sous la forme d'un bien ni sous une forme étroitement liée à l'acquisition du bien. Le principe au cœur de la fiducie résultoire est que le demandeur réclame son propre

that property. This thinking extends artificially to claims that are based on contributions that are not clearly associated with the acquisition of an interest in property; in such cases there is not, in any meaningful sense, a “resulting” back of the transferred property: *Waters*, at p. 432. It follows that a resulting trust based solely on intention without a transfer of property is, as Oosterhoff puts it, a doctrinal impossibility: “. . . a resulting trust can arise only when one person has transferred assets to, or purchased assets for, another person and did not intend to make a gift of the property”: p. 642. The final doctrinal problem is that the relevant time for ascertaining intention is the time of acquisition of the property. As a result, it is hard to see how a resulting trust can arise from contributions made over time to the improvement of an existing asset, or contributions in kind over time for its maintenance. As Oosterhoff succinctly puts it at p. 652, a resulting trust is inappropriate in these circumstances because its imposition, in effect, forces one party to give up beneficial ownership which he or she enjoyed before the improvement or maintenance occurred.

[26] There are problems beyond these doctrinal issues. A second difficulty with the common intention resulting trust is that the notion of common intention may be highly artificial, particularly in domestic cases. The search for common intention may easily become “a mere vehicle or formula” for giving a share of an asset, divorced from any realistic assessment of the actual intention of the parties. Dickson J. in *Pettkus* noted the artificiality and undue malleability of the common intention approach: at pp. 843-44.

[27] Third, the “common intention” resulting trust in Canada evolved from a misreading of some imprecise language in early authorities from the House of Lords. While much has been written on this topic, it is sufficient for my purposes to note, as did Dickson J. in *Pettkus*, at p. 842, that the principles upon which the common intention resulting

bien, ou la reconnaissance de son intérêt proportionnel dans l’actif acquis par une autre personne grâce à ce bien. Ce raisonnement s’étend artificiellement aux réclamations fondées sur des contributions qui ne sont pas clairement liées à l’acquisition d’un droit de propriété; dans de tels cas, il n’y a pas à toutes fins utiles de [TRADUCTION] « retour » du bien transféré : *Waters*, p. 432. Ainsi, une fiducie résultoire uniquement fondée sur l’intention, sans transfert de biens, est, comme l’indique Oosterhoff, une impossibilité théorique : [TRADUCTION] « . . . une fiducie résultoire ne peut prendre naissance que lorsqu’une personne a transféré des biens à une autre personne, ou acheté des biens pour elle, sans avoir eu l’intention de lui en faire don » : p. 642. Le dernier problème théorique est qu’il faut déterminer l’intention au moment de l’acquisition du bien. Par conséquent, il est difficile de concevoir comment une fiducie résultoire peut découler de contributions versées au fil du temps dans le but d’améliorer un bien existant, ou de contributions en nature pour son entretien. Comme Oosterhoff l’explique brièvement à la p. 652, une fiducie résultoire est inappropriée dans ces circonstances parce que, dans les faits, elle oblige une partie à renoncer au droit de propriété à titre de bénéficiaire dont elle jouissait avant l’amélioration ou l’entretien du bien.

[26] Ces problèmes théoriques ne sont pas les seuls. La fiducie résultoire fondée sur l’intention commune pose une deuxième difficulté parce que la notion d’intention commune peut être extrêmement artificielle, surtout en matière familiale. La recherche d’une intention commune peut facilement devenir « un simple moyen ou une formule » pour donner une part dans un actif, sans aucune évaluation réaliste de l’intention réelle des parties. Dans *Pettkus*, le juge Dickson a fait remarquer le caractère artificiel et la malléabilité indue de la recherche de l’intention commune : p. 843-844.

[27] Troisièmement, la fiducie résultoire fondée sur « l’intention commune » au Canada tire son origine d’une interprétation erronée de quelques formulations imprécises dans l’ancienne jurisprudence de la Chambre des lords. Comme ce sujet a fait couler beaucoup d’encre, il suffit ici de noter, comme l’a fait le juge Dickson à la p. 842

trust jurisprudence developed are found in the House of Lords decisions in *Pettitt v. Pettitt*, [1970] A.C. 777, and *Gissing*. However, no clear majority opinion emerged in those cases and four of the five Law Lords in *Gissing* spoke of “resulting, implied or constructive trusts” without distinction. The passages that have been most influential in Canada on this point, those authored by Lord Diplock, in fact relate to constructive rather than resulting trusts: see, e.g., *Waters*, at pp. 430-35; Oosterhoff, at pp. 642-43. I find persuasive Professor Waters’ comments, specifically approved by Dickson J. in *Pettikus*, that where the search for common intention becomes simply a vehicle for reaching what the court perceives to be a just result, “[i]t is in fact a constructive trust approach masquerading as a resulting trust approach”: D. Waters, Comment (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 366, at p. 368.

[28] Finally, as the development of the law since *Pettikus* has shown, the principles of unjust enrichment, coupled with the possible remedy of a constructive trust, provide a much less artificial, more comprehensive and more principled basis to address the wide variety of circumstances that lead to claims arising out of domestic partnerships. There is no need for any artificial inquiry into common intent. Claims for compensation as well as for property interests may be addressed. Contributions of all kinds and made at all times may be justly considered. The equities of the particular case are considered transparently and according to principle, rather than masquerading behind often artificial attempts to find common intent to support what the court thinks for unstated reasons is a just result.

[29] I would hold that the resulting trust arising solely from the common intention of the parties, as described by the Court in *Murdoch* and *Rathwell*,

de *Pettikus*, que les principes qui ont guidé l'évolution de la jurisprudence relative aux fiducies résultoires fondée sur l'intention commune se trouvent dans les arrêts *Pettitt c. Pettitt*, [1970] A.C. 777, et *Gissing* de la Chambre des lords. Cependant, aucune opinion majoritaire claire ne s'est dégagée dans ces arrêts et quatre des cinq lords juges dans *Gissing* ont parlé de [TRADUCTION] « fiducie résultoire, implicite, ou par interprétation » sans faire de distinction. Les passages ayant eu le plus de retentissement au Canada sur ce point, sous la plume de Lord Diplock, se rapportent en fait aux fiducies constructrices plutôt que résultoires : voir, par exemple, *Waters*, p. 430-435; Oosterhoff, p. 642-643. J'estime convaincants les commentaires du professeur Waters, expressément acceptés par le juge Dickson dans *Pettikus*, selon lesquels lorsque la recherche de l'intention commune devient simplement un moyen pour atteindre ce que le tribunal considère comme étant un résultat équitable, [TRADUCTION] « [c]'est en fait la fiducie par interprétation qui se déguise en une fiducie par déduction » : D. Waters, Commentaire (1975), 53 *R. du B. can.* 366, p. 368.

[28] Enfin, comme le montre l'évolution du droit depuis l'arrêt *Pettikus*, les principes de l'enrichissement injustifié, conjugués au recours possible à la fiducie constructive, fournissent un fondement beaucoup moins artificiel, plus complet et plus rationnel pour traiter de la grande variété des circonstances donnant lieu à des réclamations découlant d'unions conjugales. Il n'est nul besoin de mener une enquête artificielle sur l'intention commune. Les demandes d'indemnisation et les revendications de droits de propriété peuvent être examinées. Les contributions de toute sorte, versées à tout moment, peuvent être équitablement prises en considération. Le tribunal peut analyser l'équilibre particulier de l'affaire dans la transparence et conformément aux principes applicables, au lieu de tenter souvent artificiellement de trouver une intention commune qui appuie ce qu'il considère, pour des raisons inexprimées, être un résultat équitable.

[29] Je suis d'avis que la fiducie résultoire créée du seul fait de l'intention commune des parties, telle que décrite par la Cour dans *Murdoch* et *Rathwell*,

no longer has a useful role to play in resolving property and financial disputes in domestic cases. I emphasize that I am speaking here only of the common intention resulting trust. I am not addressing other aspects of the law relating to resulting trusts, nor am I suggesting that a resulting trust that would otherwise validly arise is defeated by the existence in fact of common intention.

### III. Unjust Enrichment

#### A. *Introduction*

[30] The law of unjust enrichment has been the primary vehicle to address claims of inequitable distribution of assets on the breakdown of a domestic relationship. In a series of decisions, the Court has developed a sturdy framework within which to address these claims. However, a number of doctrinal and practical issues require further attention. I will first briefly set out the existing framework, then articulate the issues that in my view require further attention, and finally propose the ways in which they should be addressed.

#### B. *The Legal Framework for Unjust Enrichment Claims*

[31] At the heart of the doctrine of unjust enrichment lies the notion of restoring a benefit which justice does not permit one to retain: *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762, at p. 788. For recovery, something must have been given by the plaintiff and received and retained by the defendant without juristic reason. A series of categories developed in which retention of a conferred benefit was considered unjust. These included, for example: benefits conferred under mistakes of fact or law; under compulsion; out of necessity; as a result of ineffective transactions; or at the defendant's request: see *Peel*, at p. 789; see, generally, G. H. L. Fridman, *Restitution* (2nd ed. 1992), c. 3-5, 7, 8 and 10; and Lord Goff of Chieveley and G. Jones, *The Law of Restitution* (7th ed. 2007), c. 4-11, 17 and 19-26.

n'a plus de rôle utile à jouer dans la résolution des litiges relatifs aux droits de propriété et aux finances en matière familiale. Je tiens à préciser que je renvoie uniquement à la fiducie résultoire fondée sur l'intention commune. Je ne traite pas des autres aspects du droit applicable aux fiducies résultoires, et je ne suggère pas non plus qu'une fiducie résultoire par ailleurs valablement créée est anéantie en raison de l'existence d'une intention commune.

### III. Enrichissement injustifié

#### A. *Introduction*

[30] Les règles relatives à l'enrichissement injustifié ont été le principal moyen utilisé pour régler les réclamations pour partage inéquitable des biens après la rupture d'une relation conjugale. Dans une série de décisions, la Cour a élaboré un cadre solide pour traiter de ces réclamations. Cependant, un certain nombre de questions théoriques et pratiques demandent un examen plus approfondi. Je vais d'abord énoncer brièvement le cadre juridique existant, puis j'exposerai les questions qui, à mon avis, méritent d'être examinées plus attentivement, et, enfin, je proposerai des façons de les aborder.

#### B. *Le cadre juridique de l'action pour enrichissement injustifié*

[31] Au cœur de la doctrine de l'enrichissement injustifié se trouve la notion de la restitution d'un avantage que la justice ne permet pas à une personne de conserver : *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762, p. 788. Pour qu'il y ait recouvrement, il faut que le demandeur ait donné une chose et que la chose donnée ait été reçue et retenue par le défendeur sans motif juridique. Une série de catégories, où la conservation de l'avantage conféré a été jugée inéquitable, a été élaborée. Ces catégories incluaient notamment les avantages conférés par suite d'une erreur de fait ou de droit, sous la contrainte, par nécessité, par suite d'une opération non consommée ou à la demande du défendeur : voir *Peel*, p. 789; voir, en général, G. H. L. Fridman, *Restitution* (2<sup>e</sup> éd. 1992), ch. 3-5, 7, 8 et 10; et Lord Goff of Chieveley et G. Jones, *The Law of Restitution* (7<sup>e</sup> éd. 2007), ch. 4-11, 17 et 19-26.



[32] Canadian law, however, does not limit unjust enrichment claims to these categories. It permits recovery whenever the plaintiff can establish three elements: an enrichment of or benefit to the defendant, a corresponding deprivation of the plaintiff, and the absence of a juristic reason for the enrichment: *Pettkus*; *Peel*, at p. 784. By retaining the existing categories, while recognizing other claims that fall within the principles underlying unjust enrichment, the law is able “to develop in a flexible way as required to meet changing perceptions of justice”: *Peel*, at p. 788.

[33] The application of unjust enrichment principles to claims by domestic partners was resisted until the Court’s 1980 decision in *Pettkus*. In applying unjust enrichment principles to domestic claims, however, the Court has been clear that there is and should be no separate line of authority for “family” cases developed within the law of unjust enrichment. Rather, concern for clarity and doctrinal integrity mandate that “the basic principles governing the rights and remedies for unjust enrichment remain the same for all cases” (*Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980, at p. 997).

[34] Although the legal principles remain constant across subject areas, they must be applied in the particular factual and social context out of which the claim arises. The Court in *Peter* was unanimously of the view that the courts “should exercise flexibility and common sense when applying equitable principles to family law issues with due sensitivity to the special circumstances that can arise in such cases” (p. 997, *per* McLachlin J. (as she then was); see also p. 1023, *per* Cory J.). Thus, while the underlying legal principles of the law of unjust enrichment are the same for all cases, the courts must apply those common principles in ways that respond to the particular context in which they are to operate.

[32] Toutefois, en droit canadien, les demandes fondées sur l’enrichissement injustifié ne se limitent pas à ces catégories. Le recouvrement est permis quand le demandeur peut prouver trois éléments : un enrichissement ou un avantage pour le défendeur, l’appauvrissement correspondant du demandeur et l’absence de tout motif juridique à l’enrichissement : *Pettkus*; *Peel*, p. 784. En conservant les catégories existantes, tout en reconnaissant que les principes qui sous-tendent l’enrichissement injustifié s’appliquent à d’autres réclamations, le droit peut « évoluer avec la souplesse qui s’impose pour tenir compte des perceptions changeantes de la justice » : *Peel*, p. 788.

[33] L’application des principes de l’enrichissement injustifié aux réclamations présentées par des conjoints de fait s’est heurtée à une certaine résistance jusqu’à ce que la Cour rende sa décision dans *Pettkus* en 1980. En appliquant ces principes aux réclamations présentées par des conjoints de fait, la Cour a pris soin de préciser cependant qu’il n’y a pas et qu’il n’y avait pas lieu d’élaborer une jurisprudence distincte dans les affaires « familiales » dans le cadre des règles relatives à l’enrichissement injustifié. Au contraire, le souci de clarté et d’uniformité de la doctrine dans ce domaine veut que « les principes fondamentaux régissant les droits et les réparations demeurent les mêmes dans tous les cas » (*Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, p. 997).

[34] Bien que les principes juridiques demeurent constants dans tous les domaines, il faut les appliquer en fonction du contexte factuel et social particulier dans lequel les réclamations sont présentées. Dans *Peter*, la Cour a conclu à l’unanimité que les tribunaux « doivent faire preuve de souplesse et de bon sens lorsqu’ils appliquent les principes d’équité à des questions relevant du droit de la famille, tout en tenant bien compte des circonstances particulières de chaque cas » (p. 997, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef); voir aussi p. 1023, le juge Cory). Ainsi, bien que les principes juridiques qui sous-tendent les règles relatives à l’enrichissement injustifié soient les mêmes dans tous les cas, les tribunaux doivent appliquer ces principes communs en fonction du contexte particulier dans lequel ils doivent s’appliquer.

[35] It will be helpful to review, briefly, the current state of the law with respect to each of the elements of an unjust enrichment claim and note the particular issues in relation to each that arise in claims by domestic partners.

### C. *The Elements of an Unjust Enrichment Claim*

#### (1) Enrichment and Corresponding Deprivation

[36] The first and second steps in the unjust enrichment analysis concern first, whether the defendant has been enriched by the plaintiff and second, whether the plaintiff has suffered a corresponding deprivation.

[37] The Court has taken a straightforward economic approach to the first two elements — enrichment and corresponding deprivation. Accordingly, other considerations, such as moral and policy questions, are appropriately dealt with at the juristic reason stage of the analysis: see *Peter*, at p. 990, referring to *Pettkus, Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 S.C.R. 38, and *Peel*, affirmed in *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629, at para. 31.

[38] For the first requirement — enrichment — the plaintiff must show that he or she gave something to the defendant which the defendant received and retained. The benefit need not be retained permanently, but there must be a benefit which has enriched the defendant and which can be restored to the plaintiff *in specie* or by money. Moreover, the benefit must be tangible. It may be positive or negative, the latter in the sense that the benefit conferred on the defendant spares him or her an expense he or she would have had to undertake (*Peel*, at pp. 788 and 790; *Garland*, at paras. 31 and 37).

[39] Turning to the second element — a *corresponding* deprivation — the plaintiff's loss is material only if the defendant has gained a benefit or been enriched (*Peel*, at pp. 789-90). That is why the second requirement obligates the plaintiff to

[35] Il est utile de rappeler, brièvement, l'état actuel du droit relativement à chacun des éléments d'une demande fondée sur l'enrichissement injustifié et de signaler les questions particulières que soulèvent les réclamations des conjoints de fait.

### C. *Les éléments d'une demande fondée sur l'enrichissement injustifié*

#### (1) Enrichissement et appauvrissement correspondant

[36] Les première et deuxième étapes de l'analyse de l'enrichissement injustifié portent premièrement sur la question de savoir si le défendeur s'est enrichi grâce au demandeur et, deuxièmement, sur la question de savoir si le demandeur a subi un appauvrissement correspondant.

[37] La Cour a appliqué une analyse économique simple aux deux premiers éléments — enrichissement et appauvrissement correspondant. Par conséquent, d'autres considérations, comme les questions de morale et d'intérêt public, doivent plutôt être examinées à l'étape de l'analyse du motif juridique : voir *Peter*, p. 990, renvoyant à *Pettkus; Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38; et *Peel*, confirmé dans *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629, par. 31.

[38] Pour ce qui est du premier élément — l'enrichissement —, le demandeur doit prouver qu'il a donné quelque chose au défendeur et que ce dernier a reçu et retenu la chose donnée. Il n'est pas nécessaire que l'avantage soit conservé de façon permanente, mais il doit y avoir un avantage qui a enrichi le défendeur et qui peut être restitué *en nature* ou en argent au demandeur. De plus, l'avantage doit être tangible. Il peut être positif ou négatif, « négatif » en ce sens qu'il épargne au défendeur une dépense à laquelle il aurait été tenu (*Peel*, p. 788 et 790; *Garland*, par. 31 et 37).

[39] Pour ce qui est du deuxième élément — l'appauvrissement *correspondant* —, la perte subie par le demandeur n'est pertinente que si le défendeur a reçu un avantage ou qu'il a été enrichi (*Peel*, p. 789-790). C'est la raison pour laquelle le deuxième

establish not simply that the defendant has been enriched, but also that the enrichment corresponds to a deprivation which the plaintiff has suffered (*Pettkus*, at p. 852; *Rathwell*, at p. 455).

## (2) Absence of Juristic Reason

[40] The third element of an unjust enrichment claim is that the benefit and corresponding detriment must have occurred without a juristic reason. To put it simply, this means that there is no reason in law or justice for the defendant's retention of the benefit conferred by the plaintiff, making its retention "unjust" in the circumstances of the case: see *Pettkus*, at p. 848; *Rathwell*, at p. 456; *Sorochan*, at p. 44; *Peter*, at p. 987; *Peel*, at pp. 784 and 788; *Garland*, at para. 30.

[41] Juristic reasons to deny recovery may be the intention to make a gift (referred to as a "donative intent"), a contract, or a disposition of law (*Peter*, at pp. 990-91; *Garland*, at para. 44; *Rathwell*, at p. 455). The latter category generally includes circumstances where the enrichment of the defendant at the plaintiff's expense is required by law, such as where a valid statute denies recovery (P. D. Maddaugh and J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (1990), at p. 46; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Mack v. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 737 (C.A.)). However, just as the Court has resisted a purely categorical approach to unjust enrichment claims, it has also refused to limit juristic reasons to a closed list. This third stage of the unjust enrichment analysis provides for due consideration of the autonomy of the parties, including factors such as "the legitimate expectation of the parties, the right of parties to order their affairs by contract" (*Peel*, at p. 803).

[42] A critical early question in domestic claims was whether the provision of domestic services could support a claim for unjust enrichment. After

élément oblige le demandeur à prouver non seulement que le défendeur s'est enrichi, mais aussi qu'il a subi un appauvrissement qui correspond à cet enrichissement (*Pettkus*, p. 852; *Rathwell*, p. 455).

## (2) Absence de motif juridique

[40] Le troisième élément d'une action pour enrichissement injustifié est qu'il doit y avoir eu un avantage et un appauvrissement correspondant sans motif juridique. En somme, ni le droit ni les exigences de la justice ne permettent au défendeur de conserver l'avantage conféré par le demandeur, rendant la conservation de l'avantage « injuste » dans les circonstances de l'affaire : voir *Pettkus*, p. 848; *Rathwell*, p. 456; *Sorochan*, p. 44; *Peter*, p. 987; *Peel*, p. 784 et 788; *Garland*, par. 30.

[41] L'intention de faire un don (appelée « intention libérale »), le contrat ou la disposition légale peuvent constituer des motifs juridiques de refuser le recouvrement (*Peter*, p. 990-991; *Garland*, par. 44; *Rathwell*, p. 455). Cette dernière catégorie comprend habituellement les cas où la loi prescrit l'enrichissement du défendeur au détriment du demandeur, comme lorsqu'une loi valide empêche le recouvrement (P. D. Maddaugh et J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (1990), p. 46; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Mack c. Canada (Procureur général)* (2002), 60 O.R. (3d) 756 (C.A.)). Cependant, tout comme la Cour n'a pas retenu une approche purement fondée sur des catégories de réclamations pour enrichissement injustifié, elle a aussi refusé de limiter les motifs juridiques à une liste restrictive. Cette troisième étape de l'analyse de l'enrichissement injustifié permet de prendre dûment en considération l'autonomie des parties, y compris des facteurs comme « l'expectative légitime des parties, leur droit de régler contractuellement leurs affaires et le droit des législateurs [ . . . ] d'agir selon leur bon jugement, sans avoir à craindre de se voir imposer ultérieurement des obligations imprévues » (*Peel*, p. 803).

[42] Dans les réclamations contre le conjoint, une question cruciale consistait au début à savoir si la prestation de services domestiques pouvait appuyer

some doubts, the matter was conclusively resolved in *Peter*, where the Court held that they could. A spouse or domestic partner generally has no duty, at common law, equity, or by statute, to perform work or services for the other. It follows, on a straightforward economic approach, that there is no reason to distinguish domestic services from other contributions (*Peter*, at pp. 991 and 993; *Sorochan*, at p. 46). They constitute an enrichment because such services are of great value to the family and to the other spouse; any other conclusion devalues contributions, mostly by women, to the family economy (*Peter*, at p. 993). The unpaid provision of services (including domestic services) or labour may also constitute a deprivation because the full-time devotion of one's labour and earnings without compensation may readily be viewed as such. The Court rejected the view that such services could not found an unjust enrichment claim because they are performed out of "natural love and affection" (*Peter*, at pp. 989-95, *per* McLachlin J., and pp. 1012-16, *per* Cory J.).

[43] In *Garland*, the Court set out a two-step analysis for the absence of juristic reason. It is important to remember that what prompted this development was to ensure that the juristic reason analysis was not "purely subjective", thereby building into the unjust enrichment analysis an unacceptable "immeasurable judicial discretion" that would permit "case by case 'palm tree' justice": *Garland*, at para. 40. The first step of the juristic reason analysis applies the established categories of juristic reasons; in their absence, the second step permits consideration of the reasonable expectations of the parties and public policy considerations to assess whether recovery should be denied:

First, the plaintiff must show that no juristic reason from an established category exists to deny recovery. . . . The established categories that can constitute juristic reasons include a contract (*Pettkus, supra*), a disposition of law (*Pettkus, supra*), a donative intent (*Peter, supra*), and other valid common law, equitable or statutory

une action pour enrichissement injustifié. Après certaines hésitations, ce point a été définitivement réglé dans l'arrêt *Peter*, où la Cour a conclu que cela était possible. Généralement, un conjoint de fait n'est pas tenu en common law, en equity ou par la loi de travailler pour son conjoint ou de lui fournir des services. Par conséquent, selon une analyse économique simple, il n'y a aucune raison de distinguer les services domestiques des autres contributions (*Peter*, p. 991 et 993; *Sorochan*, p. 46). Ils constituent un enrichissement parce que de tels services sont fort utiles pour la famille et pour l'autre conjoint; toute autre conclusion dévalue les contributions apportées, principalement par les femmes, aux finances de la famille (*Peter*, p. 993). La prestation non rémunérée de services (y compris de services domestiques) ou le travail non rémunéré peuvent aussi constituer un appauvrissement parce qu'il n'y a aucune difficulté à considérer comme un appauvrissement la contribution à plein temps et sans compensation de son travail et de ses revenus. La Cour a rejeté l'argument selon lequel ces services ne peuvent fonder une action pour enrichissement injustifié parce qu'ils sont offerts par « amour et affection naturels » : (*Peter*, p. 989-995, la juge McLachlin, et p. 1012-1016, le juge Cory).

[43] Dans *Garland*, la Cour a élaboré une analyse en deux étapes de l'absence du motif juridique. Il est important de se rappeler que cela visait à éviter que l'analyse du motif juridique soit « purement subjecti[ve] », ajoutant à l'analyse de l'enrichissement injustifié un « pouvoir discrétionnaire incommensurable » inacceptable qui allait permettre le « cas par cas » : *Garland*, par. 40. La première étape de l'analyse du motif juridique consiste à appliquer les catégories établies de motifs juridiques; en l'absence de motif juridique dans une catégorie, la deuxième étape permet de tenir compte des attentes raisonnables des parties et des considérations d'intérêt public afin de déterminer si le recouvrement devrait être refusé :

Le demandeur doit d'abord démontrer qu'aucun motif juridique appartenant à une catégorie établie ne justifie de refuser le recouvrement. [. . .] Parmi les catégories établies susceptibles de constituer un motif juridique, il y a le contrat (*Pettkus, précité*), la disposition légale (*Pettkus, précité*), l'intention libérale (*Peter, précité*) et

obligations (*Peter, supra*). If there is no juristic reason from an established category, then the plaintiff has made out a *prima facie* case under the juristic reason component of the analysis.

The *prima facie* case is rebuttable, however, where the defendant can show that there is another reason to deny recovery. As a result, there is a *de facto* burden of proof placed on the defendant to show the reason why the enrichment should be retained. This stage of the analysis thus provides for a category of residual defence in which courts can look to all of the circumstances of the transaction in order to determine whether there is another reason to deny recovery.

As part of the defendant's attempt to rebut, courts should have regard to two factors: the reasonable expectations of the parties, and public policy considerations. [paras. 44-46]

[44] Thus, at the juristic reason stage of the analysis, if the case falls outside the existing categories, the court may take into account the legitimate expectations of the parties (*Pettkus*, at p. 849) and moral and policy-based arguments about whether particular enrichments are unjust (*Peter*, at p. 990). For example, in *Peter*, it was at this stage that the Court considered and rejected the argument that the provision of domestic and childcare services should not give rise to equitable claims against the other spouse in a marital or quasi-marital relationship (pp. 993-95). Overall, the test for juristic reason is flexible, and the relevant factors to consider will depend on the situation before the court (*Peter*, at p. 990).

[45] Policy arguments concerning individual autonomy may arise under the second branch of the juristic reason analysis. In the context of claims for unjust enrichment, this has led to questions regarding how (and when) factors relating to the manner in which the parties organized their relationship should be taken into account. It has been argued, for example, that the legislative decision to exclude unmarried couples from property division legislation indicates the court should not use the equitable doctrine of unjust enrichment to address their property and asset disputes. However, the court in

les autres obligations valides imposées par la common law, l'équité ou la loi (*Peter*, précité). S'il n'existe aucun motif juridique appartenant à une catégorie établie, le demandeur a alors établi une preuve *prima facie* en ce qui concerne le volet « motif juridique » de l'analyse.

La preuve *prima facie* est cependant réfutable si le défendeur parvient à démontrer qu'il existe un autre motif de refuser le recouvrement. En conséquence, le défendeur a l'obligation *de facto* de démontrer pourquoi il devrait conserver ce dont il s'est enrichi. À cette étape de l'analyse, le défendeur peut donc recourir à une catégorie de moyens de défense résiduels qui permettent aux tribunaux d'examiner toutes les circonstances de l'opération afin de déterminer s'il existe un autre motif de refuser le recouvrement.

Lorsque le défendeur tente de réfuter la preuve en question, les tribunaux doivent tenir compte de deux facteurs : les attentes raisonnables des parties et les considérations d'intérêt public. [par. 44-46]

[44] Ainsi, à l'étape de l'analyse qui porte sur le motif juridique, si aucune catégorie établie ne s'applique, la cour peut prendre en considération les attentes légitimes des parties (*Pettkus*, p. 849) ainsi que les arguments de morale et d'intérêt public sur la question de savoir si l'enrichissement est injustifié (*Peter*, p. 990). Par exemple, dans *Peter*, c'est à cette étape que la Cour a examiné et rejeté l'argument selon lequel la prestation de services domestiques et de soins des enfants ne devrait pas, dans une relation matrimoniale ou quasi matrimoniale, donner lieu à une réclamation en equity contre l'autre conjoint (p. 993-995). Dans l'ensemble, le critère du motif juridique est souple et les facteurs à considérer varieront en fonction de la situation dont la cour est saisie (*Peter*, p. 990).

[45] Les arguments d'intérêt public touchant l'autonomie personnelle peuvent être soulevés à la deuxième étape de l'analyse du motif juridique. Dans le contexte des actions pour enrichissement injustifié, cela a mené à rechercher comment (et quand) les facteurs relatifs à la façon dont les parties structurent leur union devraient être pris en considération. On a soutenu, par exemple, que la décision du législateur d'exclure les couples non mariés de la protection des lois relatives au partage des biens indique que la cour ne devrait pas appliquer la théorie de l'enrichissement injustifié

*Peter* rejected this argument, noting that it misapprehended the role of equity. As McLachlin J. put it at p. 994, “It is precisely where an injustice arises without a legal remedy that equity finds a role.” (See also *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, 2002 SCC 83, [2002] 4 S.C.R. 325, at para. 61.)

### (3) Remedy

[46] Remedies for unjust enrichment are restitutionary in nature; that is, the object of the remedy is to require the defendant to repay or reverse the unjustified enrichment. A successful claim for unjust enrichment may attract either a “personal restitutionary award” or a “restitutionary proprietary award”. In other words, the plaintiff may be entitled to a monetary or a proprietary remedy (*Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, at p. 669, *per La Forest J.*).

#### (a) *Monetary Award*

[47] The first remedy to consider is always a monetary award (*Peter*, at pp. 987 and 999). In most cases, it will be sufficient to remedy the unjust enrichment. However, calculation of such an award is far from straightforward. Two issues have given rise to disagreement and difficulty in domestic unjust enrichment claims.

[48] First, the fact that many domestic claims of unjust enrichment arise out of relationships in which there has been a mutual conferral of benefits gives rise to difficulties in determining what will constitute adequate compensation. While the value of domestic services is not questioned (*Peter; Sorochan*), it is unjust to pay attention only to the contributions of one party in assessing an appropriate remedy. This is not only an important issue of principle; in practice, it is enormously difficult for the parties and the court to “create, retroactively, a notional ledger to record and value every service rendered by each party to the other” (R. E. Scane,

reconnue en equity pour régler les différends en matière de biens et d’actifs. Toutefois, dans *Peter*, la Cour a rejeté cet argument, soulignant qu’on se méprenait sur le rôle de l’equity. Comme l’a dit le juge McLachlin à la p. 994, « [c]’est précisément dans les cas où une injustice ne peut pas être réparée en vertu de la loi que l’equity joue un rôle. » (Voir également *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325, par. 61.)

### (3) Réparation

[46] Les moyens utilisés pour corriger l’enrichissement injustifié sont de nature réparatoire, en ce que la réparation oblige le défendeur à rembourser ou à annuler l’enrichissement injustifié. Lorsqu’une action pour enrichissement injustifié est accueillie, il y a soit « indemnisation », soit « restitution du bien ». En d’autres termes, le demandeur a droit à une réparation pécuniaire ou fondée sur le droit de propriété (*Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, p. 669, le juge La Forest).

#### a) *Une réparation pécuniaire*

[47] Il faut toujours considérer la réparation pécuniaire en premier (*Peter*, p. 987 et 999). Dans la plupart des cas, elle suffira à corriger l’enrichissement injustifié. Toutefois, le calcul d’une telle réparation est loin d’être simple. Deux questions ont suscité des désaccords et des difficultés dans le cas des conjoints de fait.

[48] D’abord, comme bon nombre d’actions pour enrichissement injustifié découlent de relations où les conjoints ont mutuellement tiré des avantages, il est difficile de déterminer ce qui constitue une réparation adéquate. Bien que la valeur des services domestiques ne soit pas remise en question (*Peter; Sorochan*), il est injuste de tenir compte des contributions d’une seule partie au moment de déterminer la réparation appropriée. Ce n’est pas seulement une importante question de principe; en pratique, il est extrêmement difficile pour les parties et le tribunal de [TRADUCTION] « créer, rétroactivement, un registre symbolique où inscrire chaque service

“Relationships ‘Tantamount to Spousal’, Unjust Enrichment, and Constructive Trusts” (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 260, at p. 281). This gives rise to the practical problem that one scholar has aptly referred to as “duelling *quantum meruists*” (J. D. McCamus, “Restitution on Dissolution of Marital and Other Intimate Relationships: Constructive Trust or Quantum Meruit?”, in J. W. Neyers, M. McInnes and S. G. A. Pitel, eds., *Understanding Unjust Enrichment* (2004), 359, at p. 376). McLachlin J. also alluded to this practical problem in *Peter*, at p. 999.

[49] A second difficulty arises from the fact that some courts and commentators have read *Peter* as holding that when a monetary award is appropriate, it must invariably be calculated on the basis of the monetary value of the unpaid services. This is often referred to as the *quantum meruit*, or “value received” or “fee-for-services” approach. This was followed in *Bell v. Bailey* (2001), 203 D.L.R. (4th) 589 (Ont. C.A.). Other appellate courts have held that monetary relief may be assessed more flexibly — in effect, on a value survived basis — by reference, for example, to the overall increase in the couple’s wealth during the relationship: *Wilson v. Fotsch*, 2010 BCCA 226, 319 D.L.R. (4th) 26, at para. 50; *Pickelein v. Gillmore* (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 44 (C.A.); *Harrison v. Kalinocha* (1994), 90 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.); *MacFarlane v. Smith*, 2003 NBCA 6, 256 N.B.R. (2d) 108, at paras. 31-34 and 41-43; *Shannon v. Gidden*, 1999 BCCA 539, 71 B.C.L.R. (3d) 40, at para. 37. With respect to inconsistencies in how *in personam* relief for unjust enrichment may be quantified, see also *Matrimonial Property Law in Canada* (loose-leaf), vol. 1, by J. G. McLeod and A. A. Mamo, eds., at pp. 40.78-40.79.

(b) *Proprietary Award*

[50] The Court has recognized that, in some cases, when a monetary award is inappropriate or insufficient, a proprietary remedy may be required. *Pettkus* is responsible for an important remedial

rendu par chacune des parties et en déterminer la valeur » (R. E. Scane, « Relationships ‘Tantamount to Spousal’, Unjust Enrichment, and Constructive Trusts » (1991), 70 *R. du B. can.* 260, p. 281). Un auteur a judicieusement qualifié ce problème pratique de [TRADUCTION] « duel de *quantum meruit* » (J. D. McCamus, « Restitution on Dissolution of Marital and Other Intimate Relationships : Constructive Trust or Quantum Meruit? » dans J. W. Neyers, M. McInnes et S. G. A. Pitel, dir., *Understanding Unjust Enrichment* (2004), 359, p. 376). La juge McLachlin a également mentionné ce problème pratique dans *Peter*, p. 999.

[49] Une deuxième difficulté tient au fait que, selon certains tribunaux et certains auteurs, l’arrêt *Peter* pose qu’une réparation pécuniaire appropriée doit invariablement être calculée en fonction de la valeur monétaire des services non rémunérés. On parle souvent, dans ce cas, de *quantum meruit*, de « valeur reçue » ou de « rémunération des services ». Ce raisonnement a été suivi dans *Bell c. Bailey* (2001), 203 D.L.R. (4th) 589 (C.A. Ont.). D’autres cours d’appel ont conclu que la réparation pécuniaire pouvait être évaluée de manière plus souple — selon la méthode fondée sur la valeur accumulée — en fonction, par exemple, de l’augmentation globale de la richesse du couple pendant l’union : *Wilson c. Fotsch*, 2010 BCCA 226, 319 D.L.R. (4th) 26, par. 50; *Pickelein c. Gillmore* (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 44 (C.A.); *Harrison c. Kalinocha* (1994), 90 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.); *MacFarlane c. Smith*, 2003 NBCA 6, 256 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 108, par. 31-34 et 41-43; *Shannon c. Gidden*, 1999 BCCA 539, 71 B.C.L.R. (3d) 40, par. 37. Quant aux incohérences relevées dans la façon de calculer une réparation personnelle pour enrichissement injustifié, voir aussi *Matrimonial Property Law in Canada* (feuilles mobiles), vol. 1, J. G. McLeod et A. A. Mamo, dir., p. 40.78-40.79.

b) *Réparation fondée sur le droit de propriété*

[50] La Cour a reconnu que, dans certains cas, si une réparation pécuniaire est inappropriée ou insuffisante, il peut être nécessaire d’accorder une réparation fondée sur le droit de propriété. C’est

feature of the Canadian law of unjust enrichment: the development of the remedial constructive trust. Imposed without reference to intention to create a trust, the constructive trust is a broad and flexible equitable tool used to determine beneficial entitlement to property (*Pettkus*, at pp. 843-44 and 847-48). Where the plaintiff can demonstrate a link or causal connection between his or her contributions and the acquisition, preservation, maintenance or improvement of the disputed property, a share of the property proportionate to the unjust enrichment can be impressed with a constructive trust in his or her favour (*Pettkus*, at pp. 852-53; *Sorochan*, at p. 50). *Pettkus* made clear that these principles apply equally to unmarried cohabitants, since “[t]he equitable principle on which the remedy of constructive trust rests is broad and general; its purpose is to prevent unjust enrichment in whatever circumstances it occurs” (pp. 850-51).

[51] As to the nature of the link required between the contribution and the property, the Court has consistently held that the plaintiff must demonstrate a “sufficiently substantial and direct” link, a “causal connection” or a “nexus” between the plaintiff’s contributions and the property which is the subject matter of the trust (*Peter*, at pp. 988, 997 and 999; *Pettkus* at p. 852; *Sorochan*, at pp. 47-50; *Rathwell*, at p. 454). A minor or indirect contribution will not suffice (*Peter*, at p. 997). As Dickson C.J. put it in *Sorochan*, the primary focus is on whether the contributions have a “clear proprietary relationship” (p. 50, citing Professor McLeod’s annotation of *Herman v. Smith* (1984), 42 R.F.L. (2d) 154, at p. 156). Indirect contributions of money and direct contributions of labour may suffice, provided that a connection is established between the plaintiff’s deprivation and the acquisition, preservation, maintenance, or improvement of the property (*Sorochan*, at p. 50; *Pettkus*, at p. 852).

[52] The plaintiff must also establish that a monetary award would be insufficient in the circumstances (*Peter*, at p. 999). In this regard, the court may take into account the probability of recovery, as well as whether there is a reason to grant the

dans l’arrêt *Pettkus* qu’on a d’abord reconnu un remède important en enrichissement injustifié au Canada : la fiducie constructive de nature réparatoire. Imposée sans qu’il y ait une intention de créer une fiducie, la fiducie constructive est un outil général, souple et juste qui permet de déterminer le droit de propriété véritable (*Pettkus*, p. 843-844 et 847-848). Si le demandeur peut établir un lien ou un rapport de causalité entre ses contributions et l’acquisition, la conservation, l’entretien ou l’amélioration du bien en cause, une part proportionnelle à l’enrichissement injustifié peut faire l’objet d’une fiducie constructive en sa faveur (*Pettkus*, p. 852-853; *Sorochan*, p. 50). Il ressort clairement de l’arrêt *Pettkus* que ces principes s’appliquent également aux conjoints non mariés, puisque « [l]e principe d’équité sur lequel repose le recours à la fiducie par interprétation [ou fiducie constructive] est large et général; son but est d’empêcher l’enrichissement sans cause dans toutes les circonstances où il se présente » (p. 850-851).

[51] Quant à la nature du lien exigé entre la contribution et le bien, la Cour a toujours jugé que le demandeur devait démontrer un lien « suffisamment important et direct », un « lien causal » ou un « lien » entre les contributions du demandeur et le bien visé par la fiducie (*Peter*, p. 988, 997 et 999; *Pettkus*, p. 852; *Sorochan*, p. 47-50; *Rathwell*, p. 454). Une contribution mineure ou indirecte ne suffit pas (*Peter*, p. 997). Comme l’a dit le juge en chef Dickson dans *Sorochan*, la question fondamentale est de savoir si les contributions « se rapportent clairement aux biens » (p. 50, citant les notes du professeur McLeod relatives à *Herman c. Smith* (1984), 42 R.F.L. (2d) 154, p. 156). La contribution indirecte d’argent et la contribution directe de travail peuvent être suffisantes, pourvu qu’un lien soit établi entre l’appauvrissement du demandeur et l’acquisition, la conservation, l’entretien ou l’amélioration du bien (*Sorochan*, p. 50; *Pettkus*, p. 852).

[52] Le demandeur doit aussi prouver qu’une réparation pécuniaire serait insuffisante dans les circonstances (*Peter*, p. 999). À cet égard, le tribunal peut tenir compte de la probabilité de recouvrement ainsi que de la question de savoir s’il existe



plaintiff the additional rights that flow from recognition of property rights (*Lac Minerals*, at p. 678, *per La Forest J.*).

[53] The extent of the constructive trust interest should be proportionate to the claimant's contributions. Where the contributions are unequal, the shares will be unequal (*Pettkus*, at pp. 852-53; *Rathwell*, at p. 448; *Peter*, at pp. 998-99). As Dickson J. put it in *Rathwell*, "The court will assess the contributions made by each spouse and make a fair, equitable distribution having regard to the respective contributions" (p. 454).

#### D. Areas Needing Clarification

[54] While the law of unjust enrichment sets out a sturdy legal framework within which to address claims by domestic partners, three areas continue to generate controversy and require clarification. As mentioned earlier, these are as follows: the approach to the assessment of a monetary award for a successful unjust enrichment claim, how and where to address the mutual benefit problem, and the role of the parties' reasonable or legitimate expectations. I will address these in turn.

#### E. *Is a Monetary Award Restricted to Quantum Meruit?*

##### (1) Introduction

[55] As noted earlier, remedies for unjust enrichment may either be proprietary (normally a remedial constructive trust) or personal (normally a money remedy). Once the choice has been made to award a monetary rather than a proprietary remedy, the question of how to quantify that monetary remedy arises. Some courts have held that monetary relief must always be calculated based on a value received or *quantum meruit* basis (*Bell*), while others have held that monetary relief may also be based on a value survived (i.e. by reference to the value of property) approach (*Wilson*; *Pickelein*; *Harrison*; *MacFarlane*; *Shannon*). If, as some courts have

une raison d'accorder au demandeur des droits supplémentaires découlant de la reconnaissance d'un droit de propriété (*Lac Minerals*, p. 678, le juge La Forest).

[53] La part de propriété devrait être proportionnelle aux contributions du demandeur. Si les contributions sont inégales, les parts seront inégales (*Pettkus*, p. 852-853; *Rathwell*, p. 448; *Peter*, p. 998-999). Comme l'a expliqué le juge Dickson dans *Rathwell*, « [l]e tribunal évaluera les contributions de chaque conjoint et fera un partage juste et équitable selon leur contribution respective » (p. 454).

#### D. Sujets nécessitant des précisions

[54] Bien que les règles relatives à l'enrichissement injustifié constituent un cadre juridique solide pour régler les réclamations présentées par les conjoints vivant en union de fait, trois sujets continuent de susciter la controverse et nécessitent des précisions. Comme je l'ai déjà dit, ce sont le mode de calcul de la réparation pécuniaire lorsqu'une action pour enrichissement injustifié est accueillie, la façon d'examiner le problème des avantages réciproques et le moment pour le faire, ainsi que le rôle des attentes raisonnables ou légitimes des parties. Je vais aborder ces trois sujets à tour de rôle.

#### E. *Une réparation pécuniaire est-elle restreinte au quantum meruit?*

##### (1) Introduction

[55] Comme je l'ai fait remarquer précédemment, les réparations en cas d'enrichissement injustifié peuvent être soit fondées sur le droit de propriété (habituellement un recours à la fiducie constructive), soit personnelles (habituellement une réparation pécuniaire). Une fois que la décision est prise d'accorder une réparation pécuniaire plutôt qu'une réparation fondée sur le droit de propriété, la question de savoir comment quantifier cette réparation pécuniaire se pose. Selon certains tribunaux, la réparation pécuniaire doit toujours être calculée en fonction de la valeur reçue ou du *quantum meruit* (*Bell*), et selon d'autres tribunaux, elle peut aussi

held, a monetary remedy must invariably be quantified on a *quantum meruit* basis, the remedial choice in unjust enrichment cases becomes whether to impose a constructive trust or order a monetary remedy calculated on a *quantum meruit* basis. One scholar has referred to this approach as the false dichotomy between constructive trust and *quantum meruit* (McCamus, at pp. 375-76). Scholars have also noted this area of uncertainty in the case law, and have suggested that an *in personam* remedy using the value survived measure is a plausible alternative to the constructive trust (McCamus, at p. 377; P. Birks, *An Introduction to the Law of Restitution* (1985), at pp. 394-95). As I will explain below, *Peter* is said to have established this dichotomy of remedial choice. However, in my view, the focus in *Peter* was on the availability of the constructive trust remedy, and that case should not be taken as limiting the calculation of monetary relief for unjust enrichment to a *quantum meruit* basis. In appropriate circumstances, monetary relief may be assessed on a value survived basis.

[56] I will first briefly describe the genesis of the purported limitation on the monetary remedy. Then I will explain why, in my view, it should be rejected. Finally, I will set out my views on how money remedies for unjust enrichment claims in domestic situations should be approached.

## (2) The Remedial Dichotomy

[57] As noted, there is a widespread, although not unanimous, view that there are only two choices of remedy for an unjust enrichment: a monetary award, assessed on a fee-for-services basis; or a proprietary one (generally taking the form of a remedial constructive trust), where the claimant can show

être fondée sur la valeur accumulée (c.-à-d. en fonction de la valeur du bien) (*Wilson; Pickelstein; Harrison; MacFarlane; Shannon*). Si, comme l'ont conclu certains tribunaux, la réparation pécuniaire doit invariablement être quantifiée en fonction du *quantum meruit*, il faut alors, dans les cas d'enrichissement injustifié, se demander s'il faut choisir d'imposer une fiducie constructive ou d'ordonner une réparation pécuniaire calculée en fonction du *quantum meruit*. Un auteur a qualifié cette approche de fausse dichotomie entre la fiducie constructive et le *quantum meruit* (McCamus, p. 375-376). Certains auteurs ont aussi souligné cette incertitude qui règne dans la jurisprudence et ont affirmé qu'une réparation personnelle (*in personam*) fondée sur la valeur accumulée est une alternative plausible à la fiducie constructive (McCamus, p. 377; P. Birks, *An Introduction to the Law of Restitution* (1985), p. 394-395). Comme je l'explique ci-après, on dit que c'est dans l'arrêt *Peter* que ce principe de dichotomie quant au choix de la réparation a été établi. Toutefois, à mon avis, l'arrêt *Peter* portait principalement sur la possibilité de recourir à la fiducie constructive de nature réparatoire et cet arrêt ne devrait pas être interprété comme limitant le calcul de la réparation pécuniaire au *quantum meruit* dans les cas d'enrichissement injustifié. Lorsque les circonstances s'y prêtent, la réparation pécuniaire peut être fondée sur la valeur accumulée.

[56] Je vais d'abord exposer brièvement la genèse de la restriction à laquelle on voudrait soumettre la réparation pécuniaire. Ensuite, je vais expliquer pourquoi, à mon avis, elle devrait être rejetée. Enfin, je vais exposer mon opinion sur la façon dont il convient de traiter les réparations pécuniaires pour enrichissement injustifié en matière familiale.

## (2) La dichotomie des mesures de réparation

[57] Comme je l'ai déjà dit, selon une opinion très répandue, mais non unanime, il y a seulement deux choix de réparation en cas d'enrichissement injustifié : une réparation pécuniaire, évaluée en fonction de la rémunération des services rendus; ou une réparation fondée sur le droit de

that the benefit conferred contributed to the acquisition, preservation, maintenance, or improvement of specific property. Some brief comments in *Peter* seem to have spawned this idea, which is reflected in a number of appellate authorities. For instance, in the *Vanasse* appeal, the Ontario Court of Appeal reasoned that since Ms. Vanasse could not show that her contributions were linked to specific property, her claim had to be quantified on a fee-for-services basis. I respectfully do not agree that monetary awards for unjust enrichment must always be calculated in this way.

(3) Why the Remedial Dichotomy Should Be Rejected

[58] In my view, restricting the money remedy to a fee-for-services calculation is inappropriate for four reasons. First, it fails to reflect the reality of the lives of many domestic partners. Second, it is inconsistent with the inherent flexibility of unjust enrichment. Third, it ignores the historical basis of *quantum meruit* claims. Finally, it is not mandated by the Court's judgment in *Peter*. For those reasons, this remedial dichotomy should be rejected. The discussion which follows is concerned only with the quantification of a monetary remedy for unjust enrichment; the law relating to when a proprietary remedy should be granted is well established and remains unchanged.

(a) *Life Experience*

[59] The remedial dichotomy would be appropriate if, in fact, the bases of all domestic unjust enrichment claims fit into only two categories — those where the enrichment consists of the provision of unpaid services, and those where it consists

propriété (généralement sous la forme d'une fiducie constructrice de nature réparatoire), si le demandeur peut prouver que l'avantage conféré a contribué à l'acquisition, la conservation, l'entretien ou l'amélioration d'un bien en particulier. Quelques brefs commentaires formulés dans *Peter* semblent être à l'origine de cette idée, laquelle est reflétée dans un certain nombre de décisions rendues par des cours d'appel. Par exemple, dans *Vanasse*, la Cour d'appel de l'Ontario a adopté le raisonnement suivant : puisque M<sup>me</sup> Vanasse ne pouvait pas prouver que ses contributions étaient liées à un bien en particulier, sa réclamation devait être quantifiée en fonction de la rémunération des services rendus. En toute déférence, je ne souscris pas à l'opinion selon laquelle les réparations pécuniaires en cas d'enrichissement injustifié doivent toujours être calculées de cette façon.

(3) Pourquoi rejeter la dichotomie des mesures de réparation?

[58] À mon avis, il est inapproprié de calculer la réparation pécuniaire en fonction de la rémunération des services rendus, et ce, pour quatre raisons. Premièrement, ce type de calcul ne reflète pas la réalité de nombreux conjoints vivant en union libre. Deuxièmement, il est incompatible avec la souplesse inhérente à l'enrichissement injustifié. Troisièmement, il ne tient pas compte de l'historique des réclamations fondées sur le *quantum meruit*. Enfin, l'arrêt *Peter* ne l'impose pas. Pour ces raisons, la dichotomie des mesures de réparation devrait être rejetée. L'analyse qui suit concerne seulement la quantification d'une réparation pécuniaire en cas d'enrichissement injustifié; les règles servant à déterminer dans quels cas une réparation fondée sur le droit de propriété devrait être accordée sont bien établies et demeurent inchangées.

a) *Expérience de vie*

[59] La dichotomie des mesures de réparation serait appropriée si, dans les faits, les fondements de toutes les actions pour enrichissement injustifié intentées par des conjoints de fait entraient dans deux catégories seulement — celle

of an unrecognized contribution to the acquisition, improvement, maintenance or preservation of specific property. To be sure, those two bases for unjust enrichment claims exist. However, all unjust enrichment cases cannot be neatly divided into these two categories.

[60] At least one other basis for an unjust enrichment claim is easy to identify. It consists of cases in which the contributions of both parties over time have resulted in an accumulation of wealth. The unjust enrichment occurs following the breakdown of their relationship when one party retains a disproportionate share of the assets which are the product of their joint efforts. The required link between the contributions and a specific property may not exist, making it inappropriate to confer a proprietary remedy. However, there may clearly be a link between the joint efforts of the parties and the accumulation of wealth; in other words, a link between the “value received” and the “value surviving”, as McLachlin J. put it in *Peter*, at pp. 1000-1001. Thus, where there is a relationship that can be described as a “joint family venture”, and the joint efforts of the parties are linked to the accumulation of wealth, the unjust enrichment should be thought of as leaving one party with a disproportionate share of the jointly earned assets.

[61] There is nothing new about the notion of a joint family venture in which both parties contribute to their overall accumulation of wealth. It was recognition of this reality that contributed to comprehensive matrimonial property legislative reform in the late 1970s and early 1980s. As the Court put it in *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795, at p. 807 (in relation to Nova Scotia’s *Matrimonial Property Act*), “. . . the Act supports the equality of both parties to a marriage and recognizes the joint contribution of the spouses, be it financial or otherwise, to that enterprise. . . . The Act is accordingly remedial in nature. It was designed to alleviate the inequities of the past when the contribution made by

où l’enrichissement découle de la prestation de services non rémunérés, et celle où il découle d’une contribution non reconnue à l’acquisition, à l’amélioration, à l’entretien ou à la conservation d’un bien en particulier. Certes, ces deux fondements sur lesquels reposent les actions pour enrichissement injustifié existent. Cependant, tous les cas d’enrichissement injustifié ne se répartissent pas nettement entre ces deux catégories.

[60] Il est facile de dégager au moins une autre catégorie d’enrichissement injustifié, soit celle où les contributions des deux parties ont, au fil du temps, entraîné une accumulation de la richesse. Il y a un enrichissement injustifié quand une partie conserve, après la rupture, une part disproportionnée des biens obtenus grâce à l’effort conjoint des deux parties. Le lien requis entre les contributions et un bien en particulier n’existe peut-être pas, de sorte qu’il est inapproprié d’accorder une réparation fondée sur le droit de propriété. Or, il peut y avoir un lien incontestable entre les efforts conjoints des parties et l’accumulation de richesse; en d’autres termes, un lien entre la « valeur reçue » et la « valeur accumulée » comme la juge McLachlin l’a dit dans *Peter*, p. 1000-1001. Ainsi, si une relation peut être décrite comme étant une « coentreprise familiale » et les efforts conjoints des parties sont liés à l’accumulation de la richesse, on peut considérer qu’il y a un enrichissement injustifié lorsqu’une partie quitte avec une part disproportionnée des avoirs acquis conjointement.

[61] Il n’y a rien de nouveau à propos de la notion d’entreprise familiale où les deux parties contribuent à leur enrichissement global. C’est la reconnaissance de cette réalité qui a donné lieu à la réforme législative globale des régimes matrimoniaux à la fin des années 1970 et au début des années 1980. Comme l’a expliqué la Cour dans *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795, à la p. 807 (relativement à la *Matrimonial Property Act* de la Nouvelle-Écosse), « [l]a Loi appuie donc l’égalité des deux parties dans un mariage et reconnaît la contribution solidaire des conjoints, qu’elle soit financière ou autre, à cette entreprise. [. . .] En conséquence, la Loi est de nature réparatrice. Elle

women to the economic survival and growth of the family was not recognized” (emphasis added).

[62] Unlike much matrimonial property legislation, the law of unjust enrichment does not mandate a presumption of equal sharing. However, the law of unjust enrichment can and should respond to the social reality identified by the legislature that many domestic relationships are more realistically viewed as a joint venture to which the parties jointly contribute.

[63] This reality has also been recognized many times and in many contexts by the Court. For instance, in *Murdoch*, Laskin J. (as he then was), in dissent, would have imposed constructive trust relief, on the basis that the facts were “consistent with a pooling of effort by the spouses” to establish themselves in a ranch operation (p. 457), and that the spouses had worked together for fifteen years to improve “their lot in life through progressively larger acquisitions of ranch property” (p. 446). Similarly, in *Rathwell*, a majority of the judges agreed that Mr. and Mrs. Rathwell had pooled their efforts to accumulate wealth as a team. Dickson J. emphasized that the parties had together “decided to make farming their way of life” (p. 444), and that the acquisition of property in Mr. Rathwell’s name was only made possible through their “joint effort” and “team work” (p. 461).

[64] A similar recognition is evident in *Pettikus* and *Peter*.

[65] In *Pettikus*, the parties developed a successful beekeeping business, the profits from which they used to acquire real property. Dickson J., writing for the majority of the Court, emphasized facts suggestive of a domestic and financial partnership. He observed that “each started with nothing; each worked continuously, unremittingly and sedulously in the joint effort” (p. 853); that each contributed

a été rédigée pour pallier les inéquités du passé, quand la contribution faite par les femmes à la survie économique et à la croissance de la famille n’était pas reconnue » (je souligne).

[62] Les règles relatives à l’enrichissement injustifié n’entraînent pas une présomption de partage égal, comme c’est le cas de nombreux textes législatifs relatifs aux régimes matrimoniaux. Cependant, elles peuvent et devraient tenir compte de la réalité sociale cernée par le législateur selon laquelle beaucoup de relations conjugales sont, de manière plus réaliste, considérées comme des coentreprises auxquelles contribuent conjointement les deux parties.

[63] La Cour a reconnu cette réalité à maintes reprises et dans de nombreux contextes. Par exemple, dans *Murdoch*, le juge Laskin (plus tard Juge en chef), en dissidence, aurait imposé une fiducie constructive, au motif que les faits étaient « compatibles avec une mise en commun, par les conjoints, d’efforts » destinés à réaliser leur établissement dans une exploitation d’élevage (p. 457), et que les conjoints avaient travaillé ensemble pendant quinze ans dans le but d’améliorer « leur sort en faisant des acquisitions toujours plus grandes de biens de ranch » (p. 446). De même, dans *Rathwell*, les juges majoritaires ont convenu que M. et M<sup>me</sup> Rathwell avaient uni leurs efforts pour accumuler une richesse. Le juge Dickson a souligné que les parties avaient décidé ensemble « de faire de l’agriculture » (p. 444) et que seuls un « effort conjoint » et un « travail d’équipe » ont permis à M. Rathwell d’acquérir en son propre nom des propriétés (p. 461).

[64] C’est également ce qu’a reconnu la Cour dans *Pettikus* et dans *Peter*.

[65] Dans *Pettikus*, les parties avaient mis sur pied une exploitation apicole prospère, dont les profits avaient servi à acquérir des immeubles. Le juge Dickson, rédigeant pour la majorité, a souligné les faits qui indiquaient une relation conjugale et financière entre partenaires. Il a fait remarquer qu’« ils sont tous deux partis de rien; chacun a travaillé continuellement, assidûment et diligemment

to the “good fortune of the common enterprise” (p. 838); that Wilson J.A. (as she then was) at the Court of Appeal had found the wealth they accumulated was through “joint effort” and “teamwork” (p. 849); and finally, that “[t]heir lives and their economic well-being were fully integrated” (p. 850).

[66] I agree with Professor McCamus that the Court in *Pettkus* was “satisfied that the parties were engaged in a common venture in which they expected to share the benefits flowing from the wealth that they jointly created” (p. 367). Put another way, Mr. Pettkus was not unjustly enriched because Ms. Becker had a precise expectation of obtaining a legal interest in certain properties, but rather because they were in reality partners in a common venture.

[67] The significance of the fact that wealth had been acquired through joint effort was again at the forefront of the analysis in *Peter* where the parties lived together for 12 years in a common law relationship. While Mr. Beblow generated most of the family income and also contributed to the maintenance of the property, Ms. Peter did all of the domestic work (including raising the six children of their blended family), helped with property maintenance, and was solely responsible for the property when Mr. Beblow was away. The reality of their joint venture was acknowledged when McLachlin J. wrote that the “joint family venture, in effect, was no different from the farm which was the subject of the trust in *Pettkus v. Becker*” (p. 1001).

[68] The Court’s recognition of the joint family venture is evident in three other places in *Peter*. First, in reference to the appropriateness of the “value survived” measure of relief, McLachlin J. observed, “it is more likely that a couple expects to share in the wealth generated from their partnership, rather than to receive compensation for the services performed during the relationship” (p. 999). Second, and also related to valuing the extent of the unjust enrichment, McLachlin J. noted that,

à l’entreprise conjointe » (p. 853); que chacun a contribué « à la réussite de l’entreprise commune » (p. 838); que la juge Wilson (plus tard juge de notre Cour) de la Cour d’appel avait conclu que leur richesse avait été accumulée grâce à un « effort conjoint » et à un « travail d’équipe » (p. 849); et enfin, que « [l]eur vie et leur bien-être économique étaient entièrement intégrés » (p. 850).

[66] Je suis d’accord avec le professeur McCamus pour dire que la Cour, dans *Pettkus*, était [TRADUCTION] « convaincue que les parties participaient à une entreprise commune et s’attendaient à partager les avantages découlant de la richesse qu’elles ont créée ensemble » (p. 367). Autrement dit, M. Pettkus ne s’est pas injustement enrichi parce que M<sup>me</sup> Becker s’attendait précisément à obtenir un droit sur certains biens, mais plutôt parce qu’ils étaient en réalité partenaires d’une entreprise commune.

[67] Le fait que les biens aient été acquis grâce à un effort conjoint était encore une fois au premier plan de l’analyse dans *Peter*. Dans cette affaire, les parties ont vécu en union de fait pendant 12 ans. Bien que M. Beblow ait généré la majeure partie du revenu familial et ait aussi contribué à l’entretien de la propriété, M<sup>me</sup> Peter s’est chargée des travaux domestiques (y compris l’éducation des six enfants des deux familles réunies), elle a aidé à l’entretien et elle s’est occupée de la propriété toute seule lorsque M. Beblow était absent. La juge McLachlin a reconnu la réalité de leur coentreprise lorsqu’elle a écrit : « En effet, cette coentreprise familiale n’est pas différente de la ferme qui a été grevée d’une fiducie dans l’arrêt *Pettkus c. Becker* » (p. 1001).

[68] La Cour a clairement reconnu la coentreprise familiale à trois autres reprises dans *Peter*. Premièrement, au sujet de la justesse de la méthode de calcul de l’indemnité fondée sur la « valeur accumulée », la juge McLachlin fait remarquer qu’« un couple s’attendra davantage à participer à la richesse générée par la relation qu’à être indemnisé des services rendus pendant la durée de la relation » (p. 999). Deuxièmement, et aussi en ce qui concerne l’indemnité à accorder

in a case where both parties had contributed to the “family venture”, it was appropriate to look to all of the family assets, rather than simply one of them, to approximate the value of the claimant’s contributions to that family venture (p. 1001). Third, the Court’s justification for affirming the value of domestic services was, in part, based on reasoning that such services are often proffered in the context of a common venture (p. 993).

[69] Relationships of this nature are common in our life experience. For many domestic relationships, the couple’s venture may only sensibly be viewed as a joint one, making it highly artificial in theory and extremely difficult in practice to do a detailed accounting of the contributions made and benefits received on a fee-for-services basis. Of course, this is a relationship-specific issue; there can be no presumption one way or the other. However, the legal consequences of the breakdown of a domestic relationship should reflect realistically the way people live their lives. It should not impose on them the need to engage in an artificial balance sheet approach which does not reflect the true nature of their relationship.

(b) *Flexibility*

[70] Maintaining a strict remedial dichotomy is inconsistent with the Court’s approach to equitable remedies in general, and to its development of remedies for unjust enrichment in particular.

[71] The Court has often emphasized the flexibility of equitable remedies and the need to fashion remedies that respond to various situations in principled and realistic ways. So, for example, when speaking of equitable compensation for breach of confidence, Binnie J. affirmed that “the Court has ample jurisdiction to fashion appropriate relief out of the full gamut of available remedies, including appropriate financial compensation”: *Cadbury Schweppes Inc. v. FBI Foods Ltd.*,

pour enrichissement injustifié, la juge McLachlin a souligné que, lorsque les deux parties contribuent à la « coentreprise familiale », il faut examiner l’ensemble de l’avoir familial, et non un seul bien, pour déterminer la valeur approximative de la contribution du demandeur à l’avoir familial (p. 1001). Troisièmement, la justification de la Cour au sujet de la confirmation de la valeur des services domestiques reposait, en partie, sur le raisonnement voulant que ces services soient souvent rendus dans le contexte d’une entreprise commune (p. 993).

[69] Les relations de cette nature sont chose commune dans notre société. Dans de nombreux cas, la seule conclusion raisonnable est de considérer le couple comme une entreprise conjointe, de sorte qu’il est hautement artificiel en théorie et extrêmement difficile en pratique de faire un bilan détaillé des contributions apportées et des avantages reçus en fonction de la rémunération des services rendus. Bien entendu, chaque relation est particulière et on ne peut rien présumer dans un sens ou dans l’autre. Cependant, les conséquences juridiques de la rupture d’une relation conjugale devraient refléter la façon dont les gens vivent. Elles ne devraient pas les forcer à recourir à une approche comptable artificielle, qui ne reflète pas la véritable nature de leur relation.

b) *Souplesse*

[70] Maintenir une dichotomie stricte des mesures de réparation est incompatible avec l’approche de la Cour à l’égard des réparations en equity en général et à l’égard de l’élaboration de réparations en cas d’enrichissement injustifié en particulier.

[71] La Cour a souvent souligné la souplesse des réparations en equity et la nécessité d’établir des réparations raisonnées et réalistes, adaptées aux diverses situations. Par exemple, à propos de l’indemnité en equity en matière d’abus de confiance, le juge Binnie a affirmé que « la Cour a largement compétence pour établir la réparation appropriée à partir de la gamme complète des réparations disponibles, dont une indemnité pécuniaire adéquate » : *Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée*,

[1999] 1 S.C.R. 142, at para. 61. At para. 24, he noted the broad approach to equitable remedies for breach of confidence taken by the Court in *Lac Minerals*. In doing so, he cited this statement with approval: “. . . the remedy that follows [once liability is established] should be the one that is most appropriate on the facts of the case rather than one derived from history or over-categorization” (from J. D. Davies, “Duties of Confidence and Loyalty”, [1990] *L.M.C.L.Q.* 4, at p. 5). Similarly, in the context of the constructive trust, McLachlin J. (as she then was) noted that “[e]quitable remedies are flexible; their award is based on what is just in all the circumstances of the case”: *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217, at para. 34.

[72] Turning specifically to remedies for unjust enrichment, I refer to Binnie J.’s comments in *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, 2004 SCC 75, [2004] 3 S.C.R. 575, at para. 13. He noted that the doctrine of unjust enrichment, while predicated on clearly defined principles, “retains a large measure of remedial flexibility to deal with different circumstances according to principles rooted in fairness and good conscience”. Moreover, the Court has recognized that, given the wide variety of circumstances addressed by the traditional categories of unjust enrichment, as well as the flexibility of the broader, principled approach, its development has been characterized by, and indeed requires, recourse to a number of different sorts of remedies depending on the circumstances: see *Peter*, at p. 987; *Sorochan*, at p. 47.

[73] Thus, the remedy should mirror the flexibility inherent in the unjust enrichment principle itself, so as to allow the court to respond appropriately to the substance of the problem put before it. This means that a monetary remedy must match, as best it can, the extent of the enrichment unjustly retained by the defendant. There is no reason to think that the wide range of circumstances that may give rise to unjust enrichment claims will necessarily fall into one or the other of the two

[1999] 1 R.C.S. 142, par. 61. Au paragraphe 24, il a souligné l’approche libérale à l’égard des réparations en equity dans les cas d’abus de confiance adoptée par la Cour dans *Lac Minerals*. Ce faisant, il a cité et approuvé l’extrait suivant : « . . . la réparation à accorder [une fois qu’un motif de responsabilité est établi] devrait donc être celle qui est la plus appropriée compte tenu des faits de l’affaire plutôt qu’une réparation résultant du passé ou d’une multiplication des catégories » (tiré de J. D. Davies, « Duties of Confidence and Loyalty », [1990] *L.M.C.L.Q.* 4, p. 5). De même, dans le contexte d’une fiducie constructive, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a dit que « [l]es réparations reconnues en equity sont souples; elles sont accordées en fonction de ce qui est juste compte tenu de toutes les circonstances de l’espèce » : *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217, par. 34.

[72] Quant aux réparations pour enrichissement injustifié, je reprends les propos du juge Binnie dans *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, 2004 CSC 75, [2004] 3 R.C.S. 575, au par. 13. Il a fait remarquer que l’enrichissement injustifié, qui se fonde sur des principes clairement définis, « offre une grande souplesse dans les réparations susceptibles d’être accordées dans différentes circonstances selon des principes fondés sur l’équité et la bonne conscience ». De plus, la Cour a reconnu que, compte tenu de la grande variété de situations relevant des catégories traditionnelles de l’enrichissement injustifié et de la souplesse de l’approche plus générale et raisonnée, le principe suppose, et en fait exige, qu’on ait recours à différents types de réparation selon les circonstances : voir *Peter*, p. 987; *Sorochan*, p. 47.

[73] Ainsi, la réparation devrait refléter la souplesse inhérente au principe de l’enrichissement injustifié, de façon à permettre à la cour de trouver une réponse appropriée au problème dont elle est saisie. Cela signifie qu’une réparation pécuniaire doit correspondre, autant que possible, à la mesure de l’enrichissement injustifié du défendeur. Il n’y a aucune raison de penser que le vaste éventail des situations pouvant donner ouverture à l’action pour enrichissement injustifié tomberont nécessairement



remedial options into which some have tried to force them.

(c) *History*

[74] Imposing a strict remedial dichotomy is also inconsistent with the historical development of the unjust enrichment principle. Unjust enrichment developed through several particular categories of cases. *Quantum meruit*, the origin of the fee-for-services award, was only one of them. *Quantum meruit* originated as a common law claim for compensation for benefits conferred under an agreement which, while apparently binding, was rendered ineffective for a reason recognized at common law. The scope of the claim was expanded over time, and the measure of a *quantum meruit* award was flexible. It might be assessed, for example, by the cost to the plaintiff of providing the service, the market value of the benefit, or even the value placed on the benefit by the recipient: P. D. Maddaugh and J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (loose-leaf ed.), vol. I, at §4:200.30. The important point, however, is that *quantum meruit* is simply one of the established categories of unjust enrichment claims. There is no reason in principle why one of the traditional categories of unjust enrichment should be used to force the monetary remedy for all present domestic unjust enrichment cases into a remedial straitjacket.

(d) *Peter v. Beblow*

[75] *Peter* does not mandate strict adherence to a *quantum meruit* approach to money remedies for unjust enrichment. One must remember that the focus of *Peter* was on whether the plaintiff's contributions entitled her to a constructive trust over the former family home. While it was assumed by both McLachlin J. and Cory J., who wrote concurring reasons in the case, that a money award would be fashioned on the basis of *quantum meruit*, that was not an issue, let alone a holding, in the case.

dans l'une ou l'autre des deux catégories de réparations possibles, où d'aucuns ont voulu les faire entrer.

c) *Historique*

[74] Imposer une dichotomie stricte des mesures de réparation est aussi incompatible avec l'évolution historique du principe de l'enrichissement injustifié, lequel a été élaboré à partir de catégories particulières de cas, dont le *quantum meruit*, qui est à l'origine de la réparation fondée sur la rémunération des services rendus. Le *quantum meruit* tire son origine d'une demande d'indemnisation en common law pour les avantages conférés en vertu d'une entente qui, malgré qu'elle semblait lier les parties, est devenue inopérante pour une raison reconnue en common law. La portée du recours a été élargie au fil du temps, et l'appréciation du *quantum meruit* était souple. Il peut équivaloir, par exemple, à ce qu'il en coûte au demandeur pour fournir le service, à la valeur marchande de l'avantage ou encore à la valeur que le bénéficiaire accorde à l'avantage : P. D. Maddaugh et J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (éd. feuilles mobiles), vol. I, §4:200.30. Cependant, il est important de souligner que le *quantum meruit* n'est qu'une des catégories établies d'action pour enrichissement injustifié. Rien ne justifie, en principe, qu'une catégorie traditionnelle d'enrichissement injustifié serve à imposer la réparation pécuniaire dans tous les cas d'enrichissement injustifié entre conjoints de fait.

d) *L'arrêt Peter c. Beblow*

[75] L'arrêt *Peter* ne commande pas une stricte adhésion à la méthode du *quantum meruit* pour le calcul de la réparation en matière d'enrichissement injustifié. Il faut se rappeler que cette affaire portait essentiellement sur la question de savoir si les contributions de la demanderesse lui donnaient droit à une fiducie constructive à l'égard de l'ancienne demeure familiale. Bien que les juges McLachlin et Cory, auteurs des motifs concourants de l'arrêt, aient supposé qu'une réparation pécuniaire serait établie en fonction du *quantum meruit*, ce point n'était pas en litige et n'a pas davantage fait l'objet d'une conclusion.

[76] There are, in fact, only two sentences in the judgments that could be taken as supporting the view that this rule should always apply. At p. 995, McLachlin J. said, “Two remedies are possible: an award of money on the basis of the value of the services rendered, i.e. *quantum meruit*; and the one the trial judge awarded, title to the house based on a constructive trust”; at p. 999, she wrote that “[f]or a monetary award, the ‘value received’ approach is appropriate”. Given that the focus of the case was deciding whether a proprietary remedy was appropriate, I would not read these two brief passages as laying down the sweeping rule that a monetary award must always be calculated on a fee-for-services basis.

[77] Moreover, McLachlin J. noted that the doctrine of unjust enrichment applies to a variety of situations, and that successful claims have been addressed through a number of remedies, depending on the circumstances. Only one of these remedies is a payment for services rendered on the basis of *quantum meruit*: p. 987. There is nothing in this observation to suggest that the Court decided to opt for a one-size-fits-all monetary remedy, especially when such an approach would be contrary to the very flexibility that the Court has repeatedly affirmed with regards to the law of unjust enrichment and corresponding remedies.

[78] This restrictive reading of *Peter* is not consistent with the underlying nature of the claim founded on the principles set out in *Pettkus*. As Professor McCamus has suggested, cases like *Pettkus* rest on a claimant’s right to share surplus wealth created by joint effort and teamwork. It follows that a remedy based on notional fees for services is not responsive to the underlying nature of that claim: McCamus, at pp. 376-77. In my view, this reasoning is persuasive whether the joint effort has led to the accumulation of specific property, in which case a remedial constructive trust may be appropriate according to the well-settled principles in that area of trust law, or where the joint effort has led to an accumulation of assets generally. In the

[76] En fait, seules deux phrases dans les jugements paraissent appuyer le point de vue selon lequel cette règle devrait toujours s’appliquer. À la page 995, la juge McLachlin a affirmé : « [i]l y a deux réparations possibles : une indemnité calculée en fonction de la valeur des services rendus, c’est-à-dire le *quantum meruit* et celle accordée par le juge de première instance, soit le titre de propriété sur la maison, fondée sur une fiducie par interprétation ». À la page 999, elle a écrit que « [d]ans le cas du versement d’une indemnité, il convient d’utiliser la méthode fondée sur la “valeur reçue” ». Comme l’arrêt portait sur la question de savoir si une réparation fondée sur le droit de propriété était appropriée, ces deux courts passages ne posent pas, à mon avis, comme règle absolue qu’une réparation pécuniaire doit toujours être calculée en fonction de la rémunération des services rendus.

[77] De plus, la juge McLachlin a souligné que le principe de l’enrichissement injustifié s’appliquait à diverses situations et que différentes réparations avaient été accordées, selon les circonstances. Seule l’une d’elles était le paiement pour services rendus sur la base du *quantum meruit* : p. 987. Rien dans ses propos n’indique que la Cour ait décidé d’opter pour une réparation pécuniaire universelle, surtout lorsqu’une telle approche serait contraire à la souplesse des règles de l’enrichissement injustifié et des réparations correspondantes, que la Cour a maintes fois reconnue.

[78] Cette interprétation restrictive de l’arrêt *Peter* n’est pas compatible avec la nature sous-jacente de l’action fondée sur les principes énoncés dans *Pettkus*. Comme l’a dit le professeur McCamus, les affaires de type *Pettkus* reposent sur le droit du demandeur de partager la richesse créée par un effort conjoint et un travail d’équipe. Ainsi, une réparation fondée sur des honoraires théoriques pour des services rendus n’est pas adaptée à la nature sous-jacente de la demande : McCamus, p. 376-377. À mon avis, ce raisonnement est convaincant, que l’effort conjoint ait donné lieu à l’accumulation de biens en particulier, auquel cas une fiducie constructive de nature réparatoire peut être appropriée selon les principes bien établis dans

latter instance, when appropriate, there is no reason in principle why a monetary remedy cannot be fashioned to reflect this basis of the enrichment and corresponding deprivation. What is essential, in my view, is that, in either type of case, there must be a link between the contribution and the accumulation of wealth, or to use the words of McLachlin J. in *Peter*, between the “value received” and the “value surviving”. Where that link exists, and a proprietary remedy is either inappropriate or unnecessary, the monetary award should be fashioned to reflect the true nature of the enrichment and the corresponding deprivation.

[79] Professor McCamus has suggested that the equitable remedy of an accounting of profits could be an appropriate remedial tool: p. 377. While I would not discount that as a possibility, I doubt that the complexity and technicality of that remedy would be well suited to domestic situations, which are more often than not rather straightforward. The unjust enrichment principle is inherently flexible and, in my view, the calculation of a monetary award for a successful unjust enrichment claim should be equally flexible. This is necessary to respond, to the extent money can, to the particular enrichment being addressed. To my way of thinking, Professor Fridman was right to say that “where a claim for unjust enrichment has been made out by the plaintiff, the court may award whatever form of relief is most appropriate so as to ensure that the plaintiff obtains that to which he or she is entitled, regardless of whether the situation would have been governed by common law or equitable doctrines or whether the case would formerly have been considered one for a personal or a proprietary remedy” (p. 398).

(4) The Approach to the Monetary Remedy

[80] The next step in the legal development of this area should be to move away from the false remedial dichotomy between *quantum meruit* and

ce domaine du droit des fiducies, ou que l’effort conjoint ait donné lieu à l’accumulation de richesse en général. Dans le second cas, lorsque la situation s’y prête, il n’y a en principe aucune raison de refuser une réparation pécuniaire basée sur l’enrichissement et l’appauvrissement correspondant. À mon avis, il est essentiel, dans l’un et l’autre cas, qu’il y ait un lien entre la contribution et l’accumulation de la richesse ou, pour reprendre les propos de la juge McLachlin dans *Peter*, entre la « valeur reçue » et la « valeur accumulée ». Lorsque ce lien est établi, et qu’une réparation fondée sur le droit de propriété est inappropriée ou inutile, la réparation pécuniaire devrait être adaptée pour refléter la nature véritable de l’enrichissement et de l’appauvrissement correspondant.

[79] Le professeur McCamus a avancé que la réparation en equity que constitue la reddition de compte relative aux profits pourrait s’avérer un remède approprié : p. 377. Bien que je ne nie pas cette possibilité, je doute que la complexité et les subtilités procédurales de cette réparation soient adaptées aux situations familiales, lesquelles sont, la plupart du temps, assez simples. Le principe de l’enrichissement injustifié est fondamentalement souple et, à mon avis, le calcul d’une indemnité pécuniaire pour enrichissement injustifié devrait être tout aussi souple. Cela est nécessaire pour répondre à l’enrichissement en question, dans la mesure où une somme d’argent peut le faire. À mon sens, le professeur Fridman avait raison de dire que [TRADUCTION] « dans les cas où le demandeur a démontré l’enrichissement injustifié, la cour peut accorder la réparation la plus appropriée de manière à faire en sorte que le demandeur obtienne ce à quoi il a droit, indépendamment de la question de savoir si la situation aurait été du ressort de la common law ou de l’equity ou si elle aurait autrefois donné ouverture à une réparation personnelle ou fondée sur le droit de propriété » (p. 398).

(4) L’approche applicable en matière de réparation pécuniaire

[80] L’étape suivante de l’évolution jurisprudentielle devrait consister à s’éloigner de la fausse dichotomie entre le *quantum meruit* et la fiducie

constructive trust, and to return to the underlying principles governing the law of unjust enrichment. These underlying principles focus on properly characterizing the nature of the unjust enrichment giving rise to the claim. As I have mentioned above, not all unjust enrichments arising between domestic partners fit comfortably into either a “fee-for-services” or “a share of specific property” mold. Where the unjust enrichment is best characterized as an unjust retention of a disproportionate share of assets accumulated during the course of what McLachlin J. referred to in *Peter* (at p. 1001) as a “joint family venture” to which both partners have contributed, the monetary remedy should reflect that fact.

[81] In such cases, the basis of the unjust enrichment is the retention of an inappropriately disproportionate amount of wealth by one party when the parties have been engaged in a joint family venture and there is a clear link between the claimant’s contributions to the joint venture and the accumulation of wealth. Irrespective of the status of legal title to particular assets, the parties in those circumstances are realistically viewed as “creating wealth in a common enterprise that will assist in sustaining their relationship, their well-being and their family life” (McCamus, at p. 366). The wealth created during the period of cohabitation will be treated as the fruit of their domestic and financial relationship, though not necessarily by the parties in equal measure. Since the spouses are domestic and financial partners, there is no need for “duelling *quantum meruists*”. In such cases, the unjust enrichment is understood to arise because the party who leaves the relationship with a disproportionate share of the wealth is denying to the claimant a reasonable share of the wealth accumulated in the course of the relationship through their joint efforts. The monetary award for unjust enrichment should be assessed by determining the proportionate contribution of the claimant to the accumulation of the wealth.

[82] This flexible approach to the money remedy in unjust enrichment cases is fully consistent with

constructive, pour revenir aux principes qui sous-tendent les règles relatives à l’enrichissement injustifié. Ces principes portent principalement sur la qualification appropriée de la nature de l’enrichissement injustifié à l’origine de la réclamation. Comme je l’ai déjà dit, tous les enrichissements injustifiés entre conjoints non mariés ne se rangent pas aisément dans la catégorie de la « rémunération des services rendus » ou dans celle relative à « une partie d’un bien déterminé ». Dans les cas où la meilleure façon de qualifier l’enrichissement injustifié est de le considérer comme une rétention injuste d’une part disproportionnée des biens accumulés dans le cadre de ce que la juge McLachlin a appelé, dans *Peter* (p. 1001), une « coentreprise familiale » à laquelle les deux conjoints ont contribué, la réparation pécuniaire devrait refléter ce fait.

[81] Dans de tels cas, le fondement de l’enrichissement injustifié est la rétention d’une part excessivement disproportionnée de la richesse par une partie quand les deux parties ont participé à une coentreprise familiale et qu’il existe un lien évident entre les contributions du demandeur et l’accumulation de la richesse. Indépendamment du titulaire du titre de propriété sur certains biens déterminés, on peut considérer que les parties, dans de telles circonstances, [TRADUCTION] « créent la richesse dans le cadre d’une entreprise commune qui les aidera à maintenir leur relation, leur bien-être et leur vie de famille » (McCamus, p. 366). La richesse créée durant la période de cohabitation sera considérée comme étant le fruit de leur relation conjugale et financière, sans nécessairement que les deux parties y aient contribué en parts égales. Comme les conjoints sont des partenaires conjugaux et financiers, il n’est nul besoin d’un « duel de *quantum meruit* ». Dans de tels cas, l’allégation d’enrichissement injustifié naît de ce que la partie qui quitte avec une part disproportionnée de la richesse prive le demandeur d’une part raisonnable de la richesse accumulée pendant la relation grâce à leurs efforts conjoints. Il faudrait évaluer la réparation pécuniaire en déterminant la contribution proportionnée du demandeur à l’accumulation de la richesse.

[82] Cette souplesse dans la détermination de la réparation pécuniaire dans les cas d’enrichissement

*Walsh*. While that case was focused on constitutional issues that are not before us in this case, the majority judgment was clearly not intended to freeze the law of unjust enrichment in domestic cases; the judgment indicates that the law of unjust enrichment, including the remedial constructive trust, is the preferable method of responding to the inequities brought about by the breakdown of a common law relationship, since the remedies for unjust enrichment “are tailored to the parties’ specific situation and grievances” (para. 61). In short, while emphasizing respect for autonomy as an important value, the Court at the same time approved of the continued development of the law of unjust enrichment in order to respond to the plethora of forms and functions of common law relationships.

[83] A similar approach was taken in *Peter*. Mr. Beblow argued that the law of unjust enrichment should not provide a share of property to unmarried partners because the legislature had chosen to exclude them from the rights accorded to married spouses under matrimonial property legislation. This argument was succinctly — and flatly — rejected with the remark that it is “precisely where an injustice arises without a legal remedy that equity finds a role”: p. 994.

[84] It is not the purpose of the law of unjust enrichment to replicate for unmarried partners the legislative presumption that married partners are engaged in a joint family venture. However, there is no reason in principle why remedies for unjust enrichment should fail to reflect that reality in the lives and relationships of unmarried partners.

[85] I conclude, therefore, that the common law of unjust enrichment should recognize and respond to the reality that there are unmarried domestic arrangements that are partnerships; the remedy in such cases should address the disproportionate retention of assets acquired through joint efforts

injustifié est tout à fait conforme à l’arrêt *Walsh*. Même si cette affaire soulevait des questions constitutionnelles dont nous ne sommes pas saisis en l’espèce, le jugement majoritaire ne cherchait manifestement pas à figer les règles relatives à l’enrichissement injustifié en matière familiale; l’arrêt indique que ces règles, y compris la fiducie constructive de nature réparatoire, constituent la meilleure façon de remédier aux iniquités susceptibles de survenir au moment de la rupture d’une union de fait puisque la réparation pour enrichissement injustifié « est adaptée à la situation et aux revendications particulières des parties » (par. 61). En résumé, tout en soulignant l’importance du respect de l’autonomie, la Cour a reconnu que les règles relatives à l’enrichissement injustifié devaient toujours évoluer pour s’adapter à la myriade de formes et fonctions des unions de fait.

[83] Une approche semblable a été appliquée dans *Peter*. Monsieur Beblow soutenait que les conjoints non mariés ne devaient pas se voir attribuer une part des biens en vertu des règles de l’enrichissement injustifié parce que le législateur avait choisi de ne pas leur accorder les droits conférés aux conjoints mariés en vertu de la législation sur les biens matrimoniaux. La Cour a laconiquement — et catégoriquement — rejeté cet argument en affirmant que c’est « précisément dans les cas où une injustice ne peut pas être réparée en vertu de la loi que l’*equity* joue un rôle » : p. 994.

[84] Les règles relatives à l’enrichissement injustifié ne visent pas à reproduire, pour les conjoints non mariés, la présomption législative voulant que les conjoints mariés soient associés dans une coentreprise familiale. Cependant, rien ne s’oppose en principe à ce que les réparations applicables en cas d’enrichissement injustifié ne tiennent pas compte de cette réalité dans la vie et les relations des conjoints non mariés.

[85] Je conclus donc que les règles de la common law relatives à l’enrichissement injustifié devraient reconnaître et prendre en compte cette réalité, à savoir que certaines ententes conjugales conclues entre conjoints non mariés sont des partenariats; dans de tels cas, la réparation devrait remédier à la

with another person. This sort of sharing, of course, should not be presumed, nor will it be presumed that wealth acquired by mutual effort will be shared equally. Cohabitation does not, in itself, under the common law of unjust enrichment, entitle one party to a share of the other's property or any other relief. However, where wealth is accumulated as a result of joint effort, as evidenced by the nature of the parties' relationship and their dealings with each other, the law of unjust enrichment should reflect that reality.

[86] Thus the rejection of the remedial dichotomy leads us to consider in what circumstances an unjust enrichment may be appropriately characterized as a failure to share equitably assets acquired through the parties' joint efforts. While this approach will need further refinement in future cases, I offer the following as a broad outline of when this characterization of an unjust enrichment will be appropriate.

(5) Identifying Unjust Enrichment Arising From a Joint Family Venture

[87] My view is that when the parties have been engaged in a joint family venture, and the claimant's contributions to it are linked to the generation of wealth, a monetary award for unjust enrichment should be calculated according to the share of the accumulated wealth proportionate to the claimant's contributions. In order to apply this approach, it is first necessary to identify whether the parties have, in fact, been engaged in a joint family venture. In the preceding section, I reviewed the many occasions on which the existence of a joint family venture has been recognized. From this rich set of factual circumstances, what emerge as the hallmarks of such a relationship?

[88] It is critical to note that cohabiting couples are not a homogeneous group. It follows that the analysis must take into account the particular circumstances of each particular relationship.

rétention disproportionnée des avoirs acquis avec une autre personne grâce aux efforts conjoints. Évidemment, ce genre de partage ne doit pas être présumé, non plus qu'il sera présumé que la richesse accumulée grâce à l'effort des deux conjoints sera partagée également. Suivant les règles de la common law relatives à l'enrichissement injustifié, la cohabitation, en soi, ne confère pas à une personne le droit à une part des biens de l'autre personne ou à toute autre forme de réparation. Toutefois, lorsqu'une certaine richesse a été accumulée grâce à un effort conjoint, comme en témoigne la nature de la relation des parties et leurs rapports réciproques, le droit de l'enrichissement injustifié devrait refléter cette réalité.

[86] Par conséquent, le rejet de la dichotomie des mesures de réparation nous amène à examiner les circonstances dans lesquelles un enrichissement injustifié peut être considéré comme le résultat d'un partage inéquitable des biens acquis grâce aux efforts conjoints des parties. Il faudra certes raffiner cette approche, mais voici un aperçu des cas où cette qualification sera appropriée.

(5) Enrichissement injustifié découlant d'une coentreprise familiale

[87] Selon moi, quand les parties ont été engagées dans une coentreprise familiale, et que les contributions du demandeur sont liées à l'accumulation de la richesse, il convient de calculer une indemnité pécuniaire pour enrichissement injustifié en fonction de la part proportionnelle de la contribution du demandeur à cette accumulation de la richesse. Pour appliquer cette approche, il faut d'abord déterminer si les parties ont, de fait, été engagées dans une coentreprise familiale. Dans la partie précédente, j'ai passé en revue les nombreuses occasions où l'existence d'une coentreprise familiale a été reconnue. De cet ensemble de faits bien étoffé, à quoi peut-on reconnaître les marques distinctives d'une telle relation?

[88] Il est essentiel de souligner que les couples qui cohabitent ne forment pas un groupe homogène. Par conséquent, l'analyse doit tenir compte des circonstances particulières de chaque relation.

Furthermore, as previously stated, there can be no presumption of a joint family venture. The goal is for the law of unjust enrichment to attach just consequences to the way the parties have lived their lives, not to treat them as if they ought to have lived some other way or conducted their relationship on some different basis. A joint family venture can only be identified by the court when its existence, in fact, is well grounded in the evidence. The emphasis should be on how the parties actually lived their lives, not on their *ex post facto* assertions or the court's view of how they ought to have done so.

[89] In undertaking this analysis, it may be helpful to consider the evidence under four main headings: mutual effort, economic integration, actual intent and priority of the family. There is, of course, overlap among factors that may be relevant under these headings and there is no closed list of relevant factors. What follows is not a checklist of conditions for finding (or not finding) that the parties were engaged in a joint family venture. These headings, and the factors grouped under them, simply provide a useful way to approach a global analysis of the evidence and some examples of the relevant factors that may be taken into account in deciding whether or not the parties were engaged in a joint family venture. The absence of the factors I have set out, and many other relevant considerations, may well negate that conclusion.

(a) *Mutual Effort*

[90] One set of factors concerns whether the parties worked collaboratively towards common goals. Indicators such as the pooling of effort and team work, the decision to have and raise children together, and the length of the relationship may all point towards the extent, if any, to which the parties have formed a true partnership and jointly worked towards important mutual goals.

[91] Joint contributions, or contributions to a common pool, may provide evidence of joint effort. For instance, in *Murdoch*, central to Laskin J.'s

De plus, comme je l'ai déjà dit, on ne peut pas présumer l'existence d'une coentreprise familiale. Il s'agit donc d'attacher des conséquences équitables à la façon dont les parties ont vécu, de ne pas les traiter comme si elles auraient dû vivre autrement ou établir leur relation sur une base différente. L'existence d'une coentreprise familiale ne peut être reconnue par la cour que lorsqu'elle est, en fait, bien appuyée par la preuve. L'accent devrait porter sur la façon dont les parties ont réellement vécu, et non sur leurs allégations *ex post facto* ou sur l'opinion de la cour quant à la façon dont elles auraient dû vivre.

[89] Pour procéder à cette analyse, il peut être utile d'examiner la preuve sous quatre rubriques principales : l'effort commun, l'intégration économique, l'intention réelle et la priorité accordée à la famille. De toute évidence, il y a un chevauchement des facteurs qui pourraient se révéler pertinents sous ces rubriques et la liste de ces facteurs n'est pas définitive. Ce qui suit n'est pas une liste des conditions requises pour pouvoir conclure (ou ne pas conclure) que les parties étaient engagées dans une coentreprise familiale. Ces rubriques, et les facteurs qui y sont regroupés, servent simplement à faciliter l'analyse globale de la preuve et à donner quelques exemples d'éléments à prendre en considération pour décider si les parties étaient engagées dans une coentreprise familiale. L'absence de ces facteurs, et plusieurs autres considérations pertinentes, pourrait fort bien écarter cette conclusion.

a) *Effort commun*

[90] Le premier ensemble de facteurs porte sur la question de savoir si les parties collaboraient en vue d'atteindre des buts communs. Les efforts conjoints et le travail d'équipe, la décision d'avoir et d'éduquer des enfants ensemble, ainsi que la durée de la relation peuvent tous indiquer la mesure dans laquelle, le cas échéant, les parties constituaient véritablement une association et ont collaboré à la réalisation d'objectifs communs importants.

[91] Les contributions conjointes, ou les contributions à un fonds commun, peuvent constituer la preuve d'un effort conjoint. Par exemple, dans

constructive trust analysis was that the parties had pooled their efforts to establish themselves in a ranch operation. Joint contributions were also an important aspect of the Court's analyses in *Peter, Sorochan*, and *Pettkus*. Pooling of efforts and resources, whether capital or income, has also been noted in the appellate case law (see, e.g., *Birmingham v. Ferguson*, 2004 CanLII 4764 (Ont. C.A.); *McDougall v. Gesell Estate*, 2001 MBCA 3, 153 Man. R. (2d) 54, at para. 14). The use of parties' funds entirely for family purposes may be indicative of the pooling of resources: *McDougall*. The parties may also be said to be pooling their resources where one spouse takes on all, or a greater proportion, of the domestic labour, freeing the other spouse from those responsibilities, and enabling him or her to pursue activities in the paid workforce (see *Nasser v. Mayer-Nasser* (2000), 5 R.F.L. (5th) 100 (Ont. C.A.); *Panara v. Di Ascenzo*, 2005 ABCA 47, 361 A.R. 382, at para. 27).

(b) *Economic Integration*

[92] Another group of factors, related to those in the first group, concerns the degree of economic interdependence and integration that characterized the parties' relationship (*Birmingham*; *Pettkus*; *Nasser*). The more extensive the integration of the couple's finances, economic interests and economic well-being, the more likely it is that they should be considered as having been engaged in a joint family venture. For example, the existence of a joint bank account that was used as a "common purse", as well as the fact that the family farm was operated by the family unit, were key factors in Dickson J.'s analysis in *Rathwell*. The sharing of expenses and the amassing of a common pool of savings may also be relevant considerations (see *Wilson*; *Panara*).

[93] The parties' conduct may further indicate a sense of collectivity, mutuality, and prioritization of the overall welfare of the family unit over

*Murdoch*, le fait que les parties avaient uni leurs efforts dans le but de réaliser leur établissement dans une exploitation d'élevage était au cœur de l'analyse du juge Laskin sur la fiducie constructive. Les contributions conjointes sont aussi un aspect important des analyses de la Cour dans *Peter, Sorochan* et *Pettkus*. La mise en commun des efforts et des ressources, à titre de capital ou de revenu, a également été soulignée dans des affaires jugées en appel (voir, par exemple, *Birmingham c. Ferguson*, 2004 CanLII 4764 (C.A. Ont.); *McDougall c. Gesell Estate*, 2001 MBCA 3, 153 Man. R. (2d) 54, par. 14). Le fait que les fonds des parties soient entièrement consacrés à la famille peut indiquer une mise en commun des ressources : *McDougall*. On peut aussi affirmer que les parties mettent leurs ressources en commun quand un conjoint s'acquitte de la totalité, ou de la plus grande partie, des travaux domestiques, libérant l'autre de ces responsabilités et lui permettant de se consacrer à ses activités rémunérées à l'extérieur (voir *Nasser c. Mayer-Nasser* (2000), 5 R.F.L. (5th) 100 (C.A. Ont.), et *Panara c. Di Ascenzo*, 2005 ABCA 47, 361 A.R. 382, par. 27).

b) *Intégration économique*

[92] Le deuxième ensemble de facteurs, liés à ceux du premier ensemble, a trait au degré d'interdépendance et d'intégration économiques caractérisant la relation des parties (*Birmingham*; *Pettkus*; *Nasser*). Plus le niveau d'intégration des finances, des intérêts économiques et du bien-être économique des conjoints est élevé, plus il est probable que ceux-ci soient considérés comme ayant été engagés dans une coentreprise familiale. Par exemple, l'existence d'un compte de banque conjoint utilisé comme une « bourse commune », ainsi que le fait que l'unité familiale exploitait la ferme, constituaient des facteurs clés dans l'analyse effectuée par le juge Dickson dans *Rathwell*. Le partage des dépenses et la mise en commun des économies peuvent aussi être des facteurs pertinents (voir *Wilson*; *Panara*).

[93] La conduite des parties peut aussi indiquer un sentiment d'appartenance, de réciprocité et de priorité du bien-être de l'unité familiale par rapport



the individual interests of the individual members (McCamus, at p. 366). These and other factors may indicate that the economic well-being and lives of the parties are largely integrated (see, e.g., *Pettkus*, at p. 850).

(c) *Actual Intent*

[94] Underpinning the law of unjust enrichment is an appropriate concern for the autonomy of the parties, and this is a particularly important consideration in relation to domestic partnerships. While domestic partners might not marry for a host of reasons, one of them may be the deliberate choice not to have their lives economically intertwined. Thus, in considering whether there is a joint family venture, the actual intentions of the parties must be given considerable weight. Those intentions may have been expressed by the parties or may be inferred from their conduct. The important point, however, is that the quest is for their actual intent as expressed or inferred, not for what in the court's view "reasonable" parties *ought* to have intended in the same circumstances. Courts must be vigilant not to impose their own views, under the guise of inferred intent, in order to reach a certain result.

[95] Courts may infer from the parties' conduct that they intended to share in the wealth they jointly created (P. Parkinson, "Beyond *Pettkus v. Becker*: Quantifying Relief for Unjust Enrichment" (1993), 43 *U.T.L.J.* 217, at p. 245). The conduct of the parties may show that they intended the domestic and professional spheres of their lives to be part of a larger, common venture (*Pettkus; Peter; Sorochan*). In some cases, courts have explicitly labelled the relationship as a "partnership" in the social and economic sense (*Panara*, at para. 71; *McDougall*, at para. 14). Similarly, the intention to engage in a joint family venture may be inferred where the parties accepted that their relationship was "equivalent to marriage" (*Birmingham*, at para. 1), or where the parties held themselves out to the public as married (*Sorochan*). The stability of the relationship may be a relevant factor as may the length of cohabitation (*Nasser; Sorochan; Birmingham*). When parties have lived together in a stable relationship for

aux intérêts individuels de chacun des membres (McCamus, p. 366). Ces facteurs, parmi d'autres, peuvent indiquer que le bien-être économique et la vie des parties sont bien intégrés (voir, par exemple, *Pettkus*, p. 850).

c) *Intention réelle*

[94] Un souci du respect de l'autonomie des parties sous-tend les règles relatives à l'enrichissement injustifié, et il s'agit d'un élément particulièrement important dans les unions libres. Les conjoints de fait peuvent décider de ne pas se marier pour une foule de raisons, mais l'une d'elles peut être le choix délibéré de ne pas être financièrement liés. Par conséquent, pour savoir s'il existe une coentreprise familiale, il faut accorder une importance considérable aux intentions réelles des parties. Ces intentions peuvent avoir été exprimées par les parties ou inférées de leur conduite. Cependant, ce qui importe, c'est que l'on recherche leur intention réelle, expresse ou inférée, et non ce que, selon la cour, des parties « raisonnables » *auraient dû* vouloir dans les mêmes circonstances. Les tribunaux doivent, en invoquant l'intention inférée, veiller à ne pas imposer leurs points de vue dans le but d'arriver à un certain résultat.

[95] Les tribunaux peuvent déduire de la conduite des parties qu'elles avaient l'intention de partager la richesse qu'elles ont créée ensemble (P. Parkinson, « Beyond *Pettkus v. Becker* : Quantifying Relief for Unjust Enrichment » (1993), 43 *U.T.L.J.* 217, p. 245). La conduite des parties peut démontrer qu'elles voulaient que leurs vies familiale et professionnelle fassent partie d'un tout, d'une entreprise commune (*Pettkus; Peter; Sorochan*). Dans certains cas, les tribunaux ont expressément défini la relation comme étant une [TRADUCTION] « association » d'un point de vue social et économique (*Panara*, par. 71; *McDougall*, par. 14). De même, l'intention de s'engager dans une coentreprise familiale peut être déduite quand les parties ont reconnu que leur relation était [TRADUCTION] « équivalente au mariage » (*Birmingham*, par. 1), ou quand les parties se présentaient auprès d'autrui comme un couple marié (*Sorochan*). La stabilité de la relation peut constituer un facteur pertinent, tout comme

a lengthy period, it may be nearly impossible to engage in a precise weighing of the benefits conferred within the relationship (*McDougall; Nasser*).

[96] The title to property may also reflect an intent to share wealth, or some portion of it, equitably. This may be the case where the parties are joint tenants of property. Even where title is registered to one of the parties, acceptance of the view that wealth will be shared may be evident from other aspects of the parties' conduct. For example, there may have been little concern with the details of title and accounting of monies spent for household expenses, renovations, taxes, insurance, and so on. Plans for property distribution on death, whether in a will or a verbal discussion, may also indicate that the parties saw one another as domestic and economic partners.

[97] The parties' actual intent may also negate the existence of a joint family venture, or support the conclusion that particular assets were to be held independently. Once again, it is the parties' actual intent, express or inferred from the evidence, that is the relevant consideration.

(d) *Priority of the Family*

[98] A final category of factors to consider in determining whether the parties were in fact engaged in a joint family venture is whether and to what extent they have given priority to the family in their decision making. A relevant question is whether there has been in some sense detrimental reliance on the relationship, by one or both of the parties, for the sake of the family. As Professor McCamus puts it, the question is whether the parties have been "[p]roceeding on the basis of understandings or assumptions about a shared future which may or may not be articulated" (p. 365). The focus is on contributions to the domestic and financial partnership, and particularly financial sacrifices made by the parties for the welfare

de la durée de la cohabitation (*Nasser; Sorochan; Birmingham*). Si les parties ont vécu une relation stable pendant une longue période, il est presque impossible de soupeser précisément les avantages conférés dans le cadre de la relation (*McDougall; Nasser*).

[96] Le titre de propriété peut aussi refléter une intention de partager équitablement la richesse, ou une partie de celle-ci. Ce peut être le cas lorsque les parties possèdent des biens en commun. Même quand le titre est enregistré au nom d'une des parties, d'autres aspects de la conduite des parties peuvent indiquer que la richesse sera partagée. Par exemple, les parties peuvent être très peu intéressées par tout ce qui entoure le titre et l'état des sommes dépensées pour la résidence, les rénovations, les taxes, les assurances et tout le reste. Les plans de répartition des biens au décès, que ce soit dans un testament ou une déclaration verbale, peuvent aussi indiquer que les parties se considéraient comme des partenaires conjugaux et économiques.

[97] L'intention réelle des parties pourrait aussi permettre d'écarter l'existence d'une coentreprise familiale ou étayer la conclusion selon laquelle des biens déterminés devaient être détenus de façon indépendante. Encore une fois, c'est l'intention réelle des parties, expresse ou inférée de la preuve, qui est le facteur pertinent.

d) *Priorité accordée à la famille*

[98] Le dernier ensemble de facteurs à considérer pour déterminer si les parties participaient à une coentreprise familiale consiste à savoir si elles avaient donné la priorité à la famille dans le processus décisionnel, et ce, dans quelle mesure. Une question pertinente est de savoir si, dans une certaine mesure, une des parties ou les deux se sont fiés sur la relation à leur détriment, mais pour le bien-être de la famille. Comme l'indique le professeur McCamus, la question est de savoir si les parties ont [TRADUCTION] « [a]gi en sachant ou en supposant qu'elles mèneraient une vie commune, peu importe que cela ait été dit ou non » (p. 365). L'accent est mis sur les contributions au partenariat domestique et financier, et particulièrement sur les

of the collective or family unit. Whether the roles of the parties fall into the traditional wage earner/homemaker division, or whether both parties are employed and share domestic responsibilities, it is frequently the case that one party relies on the success and stability of the relationship for future economic security, to his or her own economic detriment (Parkinson, at p. 243). This may occur in a number of ways including: leaving the workforce for a period of time to raise children; relocating for the benefit of the other party's career (and giving up employment and employment-related networks as a result); foregoing career or educational advancement for the benefit of the family or relationship; and accepting underemployment in order to balance the financial and domestic needs of the family unit.

[99] As I see it, giving priority to the family is not associated exclusively with the actions of the more financially dependent spouse. The spouse with the higher income may also make financial sacrifices (for example, foregoing a promotion for the benefit of family life), which may be indicative that the parties saw the relationship as a domestic and financial partnership. As Professor Parkinson puts it, the joint family venture may be identified where

[o]ne party has encouraged the other to rely to her detriment by leaving the workforce or forgoing other career opportunities for the sake of the relationship, and the breakdown of the relationship leaves her in a worse position than she would otherwise have been had she not acted in this way to her economic detriment. [p. 256]

(6) Summary of *Quantum Meruit* Versus Constructive Trust

[100] I conclude:

1. The monetary remedy for unjust enrichment is not restricted to an award based on a fee-for-services approach.

sacrifices financiers consentis par les parties pour le bien-être de l'unité collective ou familiale. Que les rôles des parties correspondent à la répartition traditionnelle des tâches entre le salarié et la femme au foyer, ou que les deux parties aient un emploi et partagent les responsabilités domestiques, il arrive souvent qu'une des parties se fie à la réussite et à la stabilité de la relation pour en assurer la sécurité économique, à son propre détriment économique (Parkinson, p. 243). Cela peut survenir de nombreuses façons, notamment lorsqu'une partie quitte le marché du travail pendant un certain temps pour élever les enfants; en déménageant pour aider la carrière de l'autre partie (et, par conséquent, en abandonnant son emploi et les réseaux liés à l'emploi); en renonçant à une carrière ou à une formation pour le bien de la famille ou de la relation; et en acceptant un sous-emploi dans le but d'équilibrer les besoins financiers et domestiques de l'unité familiale.

[99] Selon moi, accorder la priorité à la famille n'est pas exclusivement le fait du conjoint le plus dépendant financièrement. Le conjoint ayant le revenu le plus élevé peut aussi faire des sacrifices financiers (par exemple, en renonçant à une promotion au profit de la vie familiale), ce qui peut indiquer que les parties considéraient la relation comme un partenariat domestique et financier. Comme l'indique le professeur Parkinson, il y a une coentreprise familiale quand

[TRADUCTION] [u]ne partie a encouragé l'autre à se fier à elle à son détriment en quittant le marché du travail ou en renonçant à d'autres possibilités d'avancement pour le bien de la relation, et la rupture la laisse dans une situation pire que si elle n'avait pas agi de cette façon à son détriment économique. [p. 256]

(6) *Quantum meruit* plutôt que fiducie constructive : résumé

[100] En conclusion :

1. La réparation pécuniaire pour enrichissement injustifié ne se limite pas à une indemnité calculée en fonction de la rémunération des services rendus.

2. Where the unjust enrichment is most realistically characterized as one party retaining a disproportionate share of assets resulting from a joint family venture, and a monetary award is appropriate, it should be calculated on the basis of the share of those assets proportionate to the claimant's contributions.
3. To be entitled to a monetary remedy of this nature, the claimant must show both (a) that there was, in fact, a joint family venture, and (b) that there is a link between his or her contributions to it and the accumulation of assets and/or wealth.
4. Whether there was a joint family venture is a question of fact and may be assessed by having regard to all of the relevant circumstances, including factors relating to (a) mutual effort, (b) economic integration, (c) actual intent and (d) priority of the family.

#### F. *Mutual Benefit Conferral*

##### (1) Introduction

[101] As discussed earlier, the unjust enrichment analysis in domestic situations is often complicated by the fact that there has been a mutual conferral of benefits; each party in almost all cases confers benefits on the other: Parkinson, at p. 222. Of course, a claimant cannot expect both to get back something given to the defendant and retain something received from him or her: Birks, at p. 415. The unjust enrichment analysis must take account of this common sense proposition. How and where in the analysis should this be done?

[102] The answer is fairly straightforward when the essence of the unjust enrichment claim is that one party has emerged from the relationship with a disproportionate share of assets accumulated through their joint efforts. These are the cases of a joint family venture in which the mutual efforts of the parties have resulted in an accumulation of wealth. The remedy is a share of that wealth

2. Dans les cas où l'enrichissement injustifié est, de façon très réaliste, défini comme étant le fait pour une partie de conserver une part disproportionnée des biens provenant d'une coentreprise familiale, et qu'une réparation pécuniaire est appropriée, il faut calculer cette réparation en fonction de la part de ces biens qui est proportionnelle aux contributions du demandeur.
3. Pour avoir droit à une réparation pécuniaire de cette nature, le demandeur doit prouver : a) qu'une coentreprise familiale existait effectivement, et b) qu'il existe un lien entre ses contributions à la coentreprise et l'accumulation de l'avoir ou de la richesse.
4. La question de savoir s'il existait une coentreprise familiale est une question de fait et on peut l'apprécier en prenant en considération toutes les circonstances pertinentes, y compris les facteurs relatifs : a) à l'effort commun, b) à l'intégration économique, c) à l'intention réelle et d) à la priorité accordée à la famille.

#### F. *Avantages réciproques*

##### (1) Introduction

[101] Comme je l'ai déjà mentionné, l'analyse de l'enrichissement injustifié en matière familiale se complique souvent du fait qu'il y a eu des avantages réciproques; dans presque tous les cas, chaque partie confère des avantages à l'autre partie : Parkinson, p. 222. Bien entendu, le demandeur ne peut pas s'attendre tout à la fois à récupérer quelque chose qu'il a donné au défendeur et à conserver une chose que lui a donnée le défendeur : Birks, p. 415. L'analyse doit tenir compte de cette proposition sensée. Comment et à quel moment dans l'analyse faut-il prendre en compte les avantages réciproques?

[102] La réponse est assez simple si l'allégation d'enrichissement injustifié veut essentiellement qu'une partie ait quitté la relation avec une part disproportionnée des avoirs accumulés grâce aux efforts conjoints. C'est le cas des coentreprises familiales dans lesquelles les efforts communs des parties ont permis d'accumuler une richesse. La réparation consiste en une part de cette richesse

proportionate to the claimant's contributions. Once the claimant has established his or her contribution to a joint family venture, and a link between that contribution and the accumulation of wealth, the respective contributions of the parties are taken into account in determining the claimant's proportionate share. While determining the proportionate contributions of the parties is not an exact science, it generally does not call for a minute examination of the give and take of daily life. It calls, rather, for the reasoned exercise of judgment in light of all of the evidence.

[103] Mutual benefit conferral, however, gives rise to more practical problems in an unjust enrichment claim where the appropriate remedy is a money award based on a fee-for-services-provided approach. The fact that the defendant has also provided services to the claimant may be seen as a factor relevant at all stages of the unjust enrichment analysis. Some courts have considered benefits received by the claimant as part of the benefit/detriment analysis (for example, at the Court of Appeal in *Peter v. Beblow* (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 266). Others have looked at mutual benefits as an aspect of the juristic reason inquiry (for example, *Ford v. Werden* (1996), 27 B.C.L.R. (3d) 169 (C.A.), and the Court of Appeal judgment in *Kerr*). Still others have looked at mutual benefits in relation to both juristic reason and at the remedy stage (for example, as proposed in *Wilson*). It is apparent that some clarity and consistency is necessary with respect to this issue.

[104] In my view, there is much to be said about the approach to the mutual benefit analysis mapped out by Huddart J.A. in *Wilson*. Specifically, I would adopt her conclusions that mutual enrichments should mainly be considered at the defence and remedy stages, but that they may be considered at the juristic reason stage to the extent that the provision of reciprocal benefits constitutes relevant evidence of the existence (or non-existence) of juristic reason for the enrichment (para. 9). This approach is consistent with the authorities from this Court,

proportionnée aux contributions du demandeur. Une fois que le demandeur a démontré sa contribution à la coentreprise familiale ainsi que le lien entre cette contribution et l'accumulation de la richesse, les contributions respectives des parties sont prises en considération pour déterminer la part proportionnelle du demandeur. Bien que le calcul des contributions proportionnelles des parties ne soit pas une science exacte, il n'est généralement pas nécessaire d'effectuer un examen détaillé des contributions et des concessions quotidiennes. Il faut plutôt porter un jugement raisonné à la lumière de l'ensemble de la preuve.

[103] Cependant, les avantages réciproques entraînent des problèmes pratiques particuliers lorsque la réparation appropriée consiste en une indemnité pécuniaire calculée en fonction de la valeur de la rémunération des services rendus. Le fait que le défendeur ait aussi fourni des services au demandeur peut être considéré comme un facteur pertinent à toutes les étapes de l'analyse de l'enrichissement injustifié. Certains tribunaux ont examiné les avantages reçus par le demandeur dans le cadre de l'analyse des avantages et des désavantages (par exemple, la Cour d'appel dans *Peter c. Beblow* (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 266). D'autres ont considéré les avantages réciproques comme un aspect de l'analyse du motif juridique (par exemple, *Ford c. Werden* (1996), 27 B.C.L.R. (3d) 169 (C.A.), et le jugement de la Cour d'appel dans l'affaire *Kerr*). D'autres encore ont examiné les avantages réciproques tant à l'étape de l'analyse du motif juridique qu'à celle de la réparation (par exemple, tel que proposé dans *Wilson*). De toute évidence, une certaine clarté et une certaine cohérence s'imposent sur ce point.

[104] À mon avis, il y a beaucoup à dire sur la méthode d'analyse des avantages réciproques élaborée par la juge Huddart de la cour d'appel dans l'affaire *Wilson*. Plus particulièrement, je ferais miennes ses conclusions selon lesquelles les enrichissements mutuels devraient être examinés principalement au stade de la défense ou à celui de la réparation, mais qu'il est aussi possible de le faire au stade de l'analyse du motif juridique dans la mesure où l'octroi d'avantages réciproques constitue une preuve pertinente de l'existence (ou de

and provides a straightforward and just method of ensuring that mutual benefit conferral is fully taken into account without short-circuiting the proper unjust enrichment analysis. I will briefly set out why, in my view, this approach is sound.

[105] At the outset, however, I should say that this Court's decision in *Peter* does not mandate consideration of mutual benefits at the juristic reason stage of the analysis: see, e.g., *Ford*, at para. 14; *Thomas v. Fenton*, 2006 BCCA 299, 269 D.L.R. (4th) 376, at para. 18. Rather, *Peter* made clear that mutual benefit conferral should generally not be considered at the benefit and detriment stages; the Court also approved the trial judge's decision to take mutual benefits into account at the remedy stage of the unjust enrichment analysis.

[106] In *Peter*, the trial judge found that all three elements of unjust enrichment had been established. Before Ms. Peter and Mr. Beblow started living together, he had a housekeeper whom he paid \$350 per month. When Ms. Peter moved in with her children and assumed the housekeeping and child-care responsibilities, the housekeeper was no longer required. The trial judge valued Ms. Peter's contribution by starting with the amount Mr. Beblow had paid his housekeeper, but then discounting this figure by one half to reflect the benefits Ms. Peter received in return. The trial judge then used that discounted figure to value Ms. Peter's services over the 12 years of the relationship: [1988] B.C.J. No. 887 (QL).

[107] The Court of Appeal, at (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 266, set aside the judge's finding on the basis that Ms. Peter had failed to establish that she had suffered a deprivation corresponding to the benefits she had conferred on Mr. Beblow. The court reasoned that, although she had performed the services of a housekeeper and homemaker, she had

l'absence) d'un motif juridique justifiant l'enrichissement (par. 9). Cette approche est conforme à la jurisprudence de notre Cour, et elle offre un moyen simple et juste de faire en sorte que l'octroi d'avantages réciproques soit dûment pris en considération sans court-circuiter l'analyse de l'enrichissement injustifié. Je vais expliquer brièvement pourquoi, à mon avis, cette approche est bien fondée.

[105] D'entrée de jeu, toutefois, je souligne que l'arrêt *Peter* de notre Cour n'exige pas que l'on prenne en considération les avantages réciproques à l'étape de l'analyse du motif juridique : voir, par exemple, *Ford*, par. 14; *Thomas c. Fenton*, 2006 BCCA 299, 269 D.L.R. (4th) 376, par. 18. Au contraire, il ressort clairement de *Peter* qu'on ne devrait généralement pas tenir compte des avantages réciproques au stade de l'analyse avantages-désavantages; la Cour a aussi approuvé la décision du juge de première instance de prendre en considération les avantages réciproques au moment de déterminer la réparation à accorder au titre de l'enrichissement injustifié.

[106] Dans *Peter*, le juge de première instance a conclu que les trois éléments de l'enrichissement injustifié avaient été prouvés. Avant que M. Beblow n'habite avec M<sup>me</sup> Peter, il avait une aide ménagère qu'il payait 350 \$ par mois. Lorsque M<sup>me</sup> Peter a emménagé chez lui avec ses enfants et qu'elle a assumé les tâches ménagères en plus de s'occuper des enfants, l'aide ménagère n'était plus nécessaire. Le juge de première instance a déterminé la valeur de la contribution de M<sup>me</sup> Peter en partant du montant que M. Beblow donnait à l'aide ménagère, puis en soustrayant la moitié pour refléter les avantages que M<sup>me</sup> Peter a reçus en retour. Le juge de première instance a ensuite utilisé ce montant réduit pour déterminer la valeur des services rendus par M<sup>me</sup> Peter pendant les 12 années qu'a duré la relation : [1988] B.C.J. No. 887 (QL).

[107] La Cour d'appel, dans (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 266, a écarté cette conclusion au motif que M<sup>me</sup> Peter n'avait pas réussi à prouver qu'elle avait subi un appauvrissement correspondant aux avantages qu'elle avait conférés à M. Beblow. La cour a conclu que, bien qu'elle ait rendu les services d'une aide ménagère et d'une personne au foyer, elle avait

received compensation because she and her children lived in Mr. Beblow's home rent free and he contributed more for groceries than she had.

[108] This Court reversed the Court of Appeal and restored the trial judge's award. The Court was unanimous that Ms. Peter had established all of the elements of unjust enrichment, including deprivation. Cory J. (with whom McLachlin J. agreed on this point) made short work of Mr. Beblow's submission that Ms. Peter had not shown deprivation. He observed, "As a general rule, if it is found that the defendant has been enriched by the efforts of the plaintiff there will, almost as a matter of course be deprivation suffered by the plaintiff": at p. 1013. The Court also unanimously upheld the trial judge's approach of taking account of the benefits Ms. Peter had received at the remedy stage of his decision. As noted, the trial judge had reduced the monthly amount used to calculate Ms. Peter's award by 50 percent to reflect benefits she had received from Mr. Beblow. McLachlin J. did not disagree with this approach, holding at p. 1003 that the figure arrived at by the judge fairly reflected the value of Ms. Peter's contribution to the family assets. Cory J., at p. 1025, referred to the trial judge's approach as "a fair means of calculating the amount due to the appellant". Thus, the Court approved the approach of taking the mutual benefit issue into account at the remedy stage of the analysis. *Peter* therefore does not support the view that mutual benefits should be considered at the benefit/detriment or juristic reason stages of the analysis.

## (2) The Correct Approach

[109] As I noted earlier, my view is that mutual benefit conferral can be taken into account at the juristic reason stage of the analysis, but only to the extent that it provides relevant evidence of the existence of a juristic reason for the enrichment. Otherwise, the mutual exchange of benefits should

reçu une compensation parce que ses enfants et elle vivaient chez M. Beblow sans avoir à payer de loyer et que celui-ci contribuait plus qu'elle à payer l'épicerie.

[108] Notre Cour a infirmé la décision de la Cour d'appel et a rétabli la décision du juge de première instance. La Cour a décidé à l'unanimité que M<sup>me</sup> Peter avait prouvé tous les éléments de l'enrichissement injustifié, y compris l'appauvrissement. Le juge Cory (la juge McLachlin partageait son avis sur ce point) est passé rapidement sur la prétention de M. Beblow selon laquelle M<sup>me</sup> Peter n'avait pas démontré l'appauvrissement. Il a fait remarquer que, « [e]n règle générale, si l'on constate que le défendeur s'est enrichi du fait des efforts de la demanderesse, cette dernière subira presque certainement un appauvrissement » : p. 1013. La Cour a aussi confirmé à l'unanimité l'approche du juge de première instance selon laquelle il faut tenir compte des avantages reçus par M<sup>me</sup> Peter au moment de déterminer la réparation à accorder. Comme je l'ai déjà indiqué, le juge de première instance avait réduit de moitié le montant mensuel utilisé pour calculer la somme accordée à M<sup>me</sup> Peter pour refléter les avantages que celle-ci avait reçus de M. Beblow. La juge McLachlin n'a pas rejeté cette approche, concluant à la p. 1003 que le montant auquel était arrivé le juge reflétait bien la valeur de la contribution de M<sup>me</sup> Peter à l'avoir familial. À la page 1025, le juge Cory a qualifié l'approche du juge de première instance de « façon équitable de calculer le montant dû à l'appelante ». Ainsi, la Cour a souscrit à l'approche selon laquelle il faut, dans l'analyse, tenir compte de la question des avantages réciproques à l'étape de la réparation. L'arrêt *Peter* n'étaye donc pas le point de vue selon lequel il convient, dans l'analyse, d'examiner les avantages réciproques à l'étape de l'examen des avantages et des désavantages ou à celle du motif juridique.

## (2) La bonne approche

[109] Comme je l'ai déjà dit, je suis d'avis que les avantages réciproques peuvent être pris en considération à l'étape de l'analyse du motif juridique, mais seulement dans la mesure où ils offrent une preuve pertinente de l'existence d'un tel motif. Autrement, il faut en tenir compte à l'étape de la défense ou de

be taken into account at the defence and/or remedy stage. It is important to note that this can, and should, take place whether or not the defendant has made a formal counterclaim or pleaded set-off.

[110] I turn first to why mutual benefits should not be addressed at the benefit/detriment stage of the analysis. In my view, refusing to address mutual benefits at that point is consistent with the *quantum meruit* origins of the fee-for-services approach and, as well, with the straightforward economic approach to the benefit/detriment analysis which has been consistently followed by this Court.

[111] An unjust enrichment claim based on a fee-for-services approach is analogous to the traditional claim for *quantum meruit*. In *quantum meruit* claims, the fact that some benefit had flowed from the defendant to the claimant is taken into account by reducing the claimant's recovery by the amount of the countervailing benefit provided. For example, in a *quantum meruit* claim where the plaintiff is seeking to recover money paid pursuant to an unenforceable contract, but received some benefit from the defendant already, the claim will succeed but the award will be reduced by an amount corresponding to the value of that benefit: Maddaugh and McCamus (loose-leaf ed.), vol. II, at §13:200. The authors offer as an example *Giles v. McEwan* (1896), 11 Man. R. 150 (Q.B. *en banc*). In that case, two employees recovered in *quantum meruit* for services provided to the defendant under an unenforceable agreement, but the amount of the award was reduced to reflect the value of benefits the defendant had provided to them. Thus, taking the benefits conferred by the defendant into account at the remedy stage is consistent with general principles of *quantum meruit* claims. Of course, if the defendant has pleaded a counterclaim or set-off, the mutual benefit issue must be resolved in the course of considering that defence or claim.

la réparation. Il est important de souligner que cela peut, et devrait, avoir lieu peu importe que le défendeur ait présenté une demande reconventionnelle formelle ou invoqué la compensation.

[110] Je vais d'abord expliquer pourquoi les avantages réciproques ne devraient pas être examinés, dans l'analyse, à l'étape de l'examen des avantages et des désavantages. À mon avis, refuser de traiter de la question des avantages réciproques à cette étape est conforme à la notion du *quantum meruit* dont l'approche fondée sur la rémunération des services rendus tire son origine et aussi à l'analyse économique simple des avantages et des désavantages, que notre Cour a toujours utilisée.

[111] L'action pour enrichissement injustifié fondée sur la rémunération des services rendus est analogue à la réclamation traditionnelle fondée sur le *quantum meruit*. Dans ces réclamations, le fait que le défendeur ait conféré un avantage au demandeur est pris en considération pour réduire le recouvrement du demandeur du montant de l'avantage ainsi reçu. Par exemple, s'agissant d'une réclamation fondée sur le *quantum meruit* où le demandeur cherche à recouvrer les sommes payées en vertu d'un contrat inexécutable alors qu'il a déjà reçu un avantage du défendeur, la réclamation sera accueillie, mais l'indemnité sera réduite du montant correspondant à la valeur de cet avantage : Maddaugh et McCamus (éd. feuilles mobiles), vol. II, §13:200. Les auteurs citent, à titre d'exemple, l'affaire *Giles c. McEwan* (1896), 11 Man. R. 150 (B.R. *in banco*). Dans cette affaire, deux employés avaient présenté une réclamation fondée sur le *quantum meruit* afin de recouvrer la valeur des services rendus au défendeur en vertu d'un contrat inexécutable, mais le montant de l'indemnité a été réduit pour refléter la valeur des avantages conférés par le défendeur. Ainsi, prendre en considération à l'étape de la réparation les avantages conférés par le défendeur est conforme aux principes généraux s'appliquant aux réclamations fondées sur le *quantum meruit*. Bien entendu, si le défendeur a déposé une demande reconventionnelle ou a invoqué la compensation, la question des avantages mutuels doit être tranchée au moment de considérer ce moyen de défense ou cette demande.



[112] Refusing to take mutual benefits into account at the benefit/detriment stage is also supported by a straightforward economic approach to the benefit/detriment analysis which the Court has consistently followed. *Garland* is a good example. The class action plaintiffs claimed in unjust enrichment to seek restitution for late payment penalties that had been imposed but that this Court (in an earlier decision) found had been charged at a criminal rate of interest: see *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 S.C.R. 112. The company argued that it had not been enriched because its rates were set by a regulatory mechanism out of its control, and that the rates charged would have been even higher had the company not received the late payment penalties as part of its revenues. That argument was accepted by the Court of Appeal, but rejected on the further appeal to this Court. Iacobucci J., for the Court, held that the payment of money, under the "straightforward economic approach" adopted in *Peter*, was a benefit: para. 32. He stated at para. 36: "There simply is no doubt that Consumers' Gas received the monies represented by the [late payment penalties] and had that money available for use in the carrying on of its business. . . . We are not, at this stage, concerned with what happened to this benefit in the ongoing operation of the regulatory scheme." The Court held that the company was in fact asserting the "change of position" defence (that is, the defence that is available when "an innocent defendant demonstrates that it has materially changed its position as a result of an enrichment such that it would be inequitable to require the benefit to be returned": para. 63). This defence is considered only after the three elements of an unjust enrichment claim have been established: para. 37. Thus the Court declined to get into a detailed consideration at the benefit/detriment stage of the defendant's submissions that it had not benefitted because of the regulatory scheme.

[113] While *Garland* dealt with the payment of money, my view is that the same approach should be applied where the alleged enrichment consists

[112] Suivant l'analyse économique simple des avantages et des désavantages que la Cour a toujours utilisée, il faut refuser de prendre les avantages réciproques en considération à cette étape. L'arrêt *Garland* en offre un bon exemple. Dans un recours collectif, les demandeurs réclamaient la restitution, pour enrichissement injustifié, des pénalités pour paiement en retard imposées mais que notre Cour (dans une décision antérieure) avait déclaré constituer des intérêts à un taux criminel : voir *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [1998] 3 R.C.S. 112. L'entreprise a soutenu qu'elle ne s'était pas enrichie parce que ses taux étaient fixés par un mécanisme de réglementation indépendant, et que les taux auraient été encore plus élevés si l'entreprise n'avait pas reçu les pénalités pour paiement en retard à titre de recettes. Cet argument a été accepté par la Cour d'appel, mais a été rejeté lors du pourvoi devant notre Cour. Le juge Iacobucci, rédigeant pour la Cour, a conclu que les paiements, dans le cadre de l'« analyse économique simple » adoptée dans *Peter*, constituaient un avantage : para. 32. Voici ce qu'il a affirmé au para. 36 : « Il n'y a simplement aucun doute que Consumers' Gas a reçu les sommes d'argent représentées par les [pénalités pour paiement en retard] et qu'elle pouvait utiliser cet argent pour exploiter son entreprise. [ . . . ] À ce stade, nous ne nous intéressons pas à la question de savoir où est passé cet avantage dans le cadre de l'application du régime de réglementation. » La Cour a conclu que l'entreprise invoquait en fait le moyen de défense fondé sur « le changement de situation » (c.-à-d., le moyen de défense que peut faire valoir « un défendeur innocent démontre qu'à la suite d'un enrichissement il a modifié sa situation à un point tel qu'il serait inéquitable de l'obliger à rendre l'avantage qu'il a reçu » : para. 63). Ce moyen de défense est pris en considération seulement une fois remplies les trois conditions de l'action pour enrichissement injustifié : para. 37. La Cour a donc refusé de procéder, à l'étape de l'examen des avantages et des désavantages, à un examen détaillé des prétentions du défendeur selon lesquelles il n'avait bénéficié d'aucun avantage à cause du régime de réglementation.

[113] L'arrêt *Garland* portait sur le paiement d'une somme d'argent, mais j'estime qu'il faut appliquer la même méthode quand l'enrichissement

of services. Provided that they confer a tangible benefit on the defendant, the services will generally constitute an enrichment and a corresponding deprivation. Whether the deprivation was counter-balanced by benefits flowing to the claimant from the defendant should not be addressed at the first two steps of the analysis. I turn now to the limited role that mutual benefit conferral may have at the juristic reason stage of the analysis.

[114] As previously set out, juristic reason is the third of three parts to the unjust enrichment analysis. As McLachlin J. put it in *Peter*, at p. 990, “It is at this stage that the court must consider whether the enrichment and detriment, morally neutral in themselves, are ‘unjust.’” The juristic reason analysis is intended to reveal whether there is a reason for the defendant to retain the enrichment, not to determine its value or whether the enrichment should be set off against reciprocal benefits: *Wilson*, at para. 30. *Garland* established that claimants must show that there is no juristic reason falling within any of the established categories, such as whether the benefit was a gift or pursuant to a legal obligation. If that is established, it is open to the defendant to show that a different juristic reason for the enrichment should be recognized, having regard to the parties’ reasonable expectations and public policy considerations.

[115] The fact that the parties have conferred benefits on each other may provide relevant evidence of their reasonable expectations, a subject that may become germane when the defendant attempts to show that those expectations support the existence of a juristic reason outside the settled categories. However, given that the purpose of the juristic reason step in the analysis is to determine whether the enrichment was just, not its extent, mutual benefit conferral should only be considered at the juristic reason stage for that limited purpose.

### (3) Summary

[116] I conclude that mutual benefits may be considered at the juristic reason stage, but only to

allégué consiste en des services. Dans la mesure où ils confèrent un avantage tangible au défendeur, les services constituent généralement un enrichissement et un appauvrissement correspondant. La question de savoir si l’appauvrissement était contrebalancé par des avantages conférés au demandeur par le défendeur ne devrait pas être traitée aux deux premières étapes de l’analyse. J’examinerai maintenant le rôle limité que peuvent jouer les avantages réciproques à l’étape de l’analyse du motif juridique.

[114] Comme je l’ai déjà dit, le motif juridique est la troisième des trois parties de l’analyse de l’enrichissement injustifié. Comme l’a dit la juge McLachlin à la p. 990 de l’arrêt *Peter*, « [c]’est à cette étape que le tribunal doit vérifier si l’enrichissement et le désavantage, moralement neutres en soi, sont “injustes” ». L’analyse du motif juridique vise à indiquer si le défendeur est justifié de conserver l’enrichissement, et non pas à en déterminer la valeur ou à déterminer s’il convient d’opérer compensation après examen des avantages réciproques : *Wilson*, par. 30. Selon *Garland*, les demandeurs doivent démontrer qu’aucun motif juridique ne se retrouve dans l’une ou l’autre des catégories établies, par exemple si l’avantage était un don ou s’il découlait d’une obligation légale. Si cette preuve est faite, le défendeur peut alors démontrer qu’un motif juridique différent justifiant l’enrichissement devrait être reconnu, compte tenu des attentes raisonnables des parties et des considérations d’intérêt public.

[115] Le fait que les parties se soient mutuellement conféré des avantages peut constituer une preuve pertinente de leurs attentes raisonnables, ce qui peut devenir pertinent au moment où le défendeur essaie de prouver que ces attentes appuient l’existence d’un motif juridique que l’on ne retrouve dans aucune des catégories établies. Cependant, comme l’analyse du motif juridique cherche à déterminer si l’enrichissement était équitable et non à en mesurer l’ampleur, les avantages réciproques ne devraient être pris en considération à cette étape que pour cette fin précise.

### (3) Résumé

[116] Je conclus que les avantages réciproques peuvent être examinés à l’étape de l’analyse du motif

the extent that they provide evidence relevant to the parties' reasonable expectations. Otherwise, mutual benefit conferrals are to be considered at the defence and/or remedy stage. I will have more to say in the next section about how mutual benefit conferral and the parties' reasonable expectations may come into play in the juristic reason analysis.

### G. Reasonable or Legitimate Expectations

[117] The final point that requires some clarification relates to the role of the parties' reasonable expectations in the domestic context. My conclusion is that, while in the early domestic unjust enrichment cases the parties' reasonable expectations played an important role in the juristic reason analysis, the development of the law, and particularly the Court's judgment in *Garland*, has led to a more limited and clearly circumscribed role for those expectations.

[118] In the early cases of domestic unjust enrichment claims, the reasonable expectations of the claimant and the defendant's knowledge of those expectations were central to the juristic reason analysis. For example, in *Pettkus*, when Dickson J. came to the juristic reason step in the analysis, he said that "where one person in a relationship tantamount to spousal prejudices herself in the reasonable expectation of receiving an interest in property and the other person in the relationship freely accepts benefits conferred by the first person in circumstances where he knows or ought to have known of that reasonable expectation, it would be unjust to allow the recipient of the benefit to retain it" (p. 849). Similarly, in *Sorochan*, at p. 46, precisely the same reasoning was invoked to show that there was no juristic reason for the enrichment.

[119] In these cases, central to the Court's concern was whether it was just to require the defendant to pay — in fact to surrender an interest in property — for services not expressly requested. The Court's answer was that it would indeed be unjust for the defendant to retain the benefits, given

juridique, mais seulement dans la mesure où ils fournissent une preuve pertinente relativement aux attentes raisonnables des parties. Sinon, ils doivent être pris en considération au stade de la défense ou à celui de la réparation. J'en dirai davantage dans la prochaine partie sur la façon dont les avantages réciproques et les attentes raisonnables des parties peuvent entrer en jeu dans l'analyse du motif juridique.

### G. Attentes raisonnables ou légitimes

[117] Le dernier point qui requiert quelques précisions concerne le rôle des attentes raisonnables des parties en matière familiale. Je conclus que, bien que les attentes raisonnables des parties aient joué un rôle important dans l'analyse du motif juridique dans les premières affaires familiales d'enrichissement injustifié, avec l'évolution du droit, et en particulier depuis l'arrêt *Garland* de notre Cour, l'importance que l'on accorde à ces attentes est plus limitée et clairement circonscrite.

[118] Dans les premières affaires où l'enrichissement injustifié était allégué en situation familiale, les attentes raisonnables du demandeur et le fait que le défendeur connaissait ces attentes étaient au cœur de l'analyse du motif juridique. Par exemple, dans *Pettkus*, quand le juge Dickson est arrivé dans son analyse à l'étape de l'examen du motif juridique, il a affirmé que « lorsqu'une personne, liée à une autre dans une relation qui équivaut à une union conjugale, se cause un préjudice dans l'expectative raisonnable de recevoir un droit de propriété et que l'autre personne accepte librement les avantages que lui procure la première, alors qu'elle connaît ou devrait connaître cette expectative, il serait injuste de permettre au bénéficiaire de conserver cet avantage » (p. 849). De même, dans *Sorochan*, à la p. 46, exactement le même raisonnement a été suivi pour montrer qu'il n'y avait aucun motif juridique justifiant l'enrichissement.

[119] Dans ces affaires, la question de savoir s'il était équitable d'obliger le défendeur à payer — en fait de céder un droit de propriété — pour des services qu'il n'avait pas expressément demandés constituait l'une des préoccupations majeures de la Cour. La Cour a répondu qu'il serait effectivement

that he had continued to accept the services when he knew or ought to have known that the claimant was providing them with the reasonable expectation of reward.

[120] The Court's resort to reasonable expectations and the defendant's knowledge of them in these cases is analogous to the "free acceptance" principle. The notion of free acceptance has been invoked to extend restitutionary recovery beyond the traditional sorts of *quantum meruit* claims in which services had either been requested or provided under an unenforceable agreement. The law's traditional reluctance to provide a remedy for claims where no request was made was based on the tenet that a person should generally not be required, in effect, to pay for services that he or she did not request, and perhaps did not want. However, this concern carries much less weight when the person receiving the services knew that they were being provided, had no reasonable belief that they were a gift, and yet continued to freely accept them: see P. Birks, *Unjust Enrichment* (2nd ed. 2005), at pp. 56-57.

[121] The need to engage in this analysis of the claimant's reasonable expectations and the defendant's knowledge thereof with respect to domestic services has, in my view, now been overtaken by developments in the law. *Garland*, as noted, mandated a two-step approach to the juristic reason analysis. The first step requires the claimant to show that the benefit was not conferred for any existing category of juristic reasons. Significantly, the fact that the defendant also provided services to the claimant is not one of the existing categories. Nor is the fact that the services were provided pursuant to the parties' reasonable expectations. However, the fact that the parties reasonably expected the services to be provided might afford relevant evidence in relation to whether the case falls within one of the traditional categories, for example a contract or gift. Other than in that way, mutual benefit conferral and the parties' reasonable expectations have a very limited role to play at the

injuste pour le défendeur de conserver les avantages, étant donné qu'il avait continué à accepter les services alors qu'il savait ou aurait dû savoir que le demandeur les rendait dans l'expectative raisonnable de recevoir une récompense.

[120] La prise en considération par la Cour des attentes raisonnables et de la connaissance qu'en avait, dans ces affaires, le défendeur rejoint le principe de l'« acceptation libre ». On a eu recours à la notion d'acceptation libre pour étendre la portée du recouvrement aux fins de restitution au-delà des catégories traditionnelles de demandes fondées sur le *quantum meruit* où l'on faisait valoir que des services avaient été demandés ou fournis en vertu d'une entente inexécutable. La réticence traditionnelle de la common law à accorder une réparation dans les cas où il n'y a eu aucune demande reposait sur le principe qu'une personne n'est généralement pas tenue de payer les services qu'elle n'a pas demandés, et ne voulait peut-être pas. Toutefois, cette préoccupation revêt une importance bien moindre quand la personne qui reçoit les services savait qu'ils étaient rendus, n'avait aucun motif raisonnable de penser qu'il s'agissait d'une donation et a tout de même continué à les accepter librement : voir P. Birks, *Unjust Enrichment* (2<sup>e</sup> éd. 2005), p. 56-57.

[121] La nécessité de procéder à cette analyse des attentes raisonnables du demandeur et de la connaissance qu'en avait le défendeur relativement aux services domestiques est à mon avis dépassée du fait de l'évolution du droit. L'arrêt *Garland*, comme je l'ai indiqué plus haut, a établi une méthode en deux étapes pour guider l'analyse du motif juridique. La première étape oblige le demandeur à prouver que l'avantage ne correspond pas à l'une des catégories établies de motifs juridiques. Il importe de souligner que le fait que le défendeur ait aussi rendu des services au demandeur n'entre dans aucune de ces catégories établies de motifs juridiques, pas plus que le fait que les services aient été fournis conformément aux attentes raisonnables des parties. Cependant, le fait que les parties s'attendaient raisonnablement à ce que les services soient fournis peut constituer une preuve pertinente relativement à la question de savoir si l'affaire entre dans une des catégories traditionnelles, par exemple, un contrat ou une donation.

first step in the juristic reason analysis set out in *Garland*.

[122] However, different considerations arise at the second step. Following *Peter* and *Garland*, the parties' reasonable or legitimate expectations have a critical role to play when the defendant seeks to establish a new juristic reason, whether case-specific or categorical. As Iacobucci J. put it in *Garland*, this introduces a category of residual situations in which "courts can look to all of the circumstances of the transaction in order to determine whether there is another reason to deny recovery" (para. 45). Specifically, it is here that the court should consider the parties' reasonable expectations and questions of policy.

[123] It will be helpful in understanding how *Peter* and *Garland* fit together to apply the *Garland* approach to an issue touched on, but not resolved, in *Peter*. In *Peter*, an issue was whether a claim based on the provision of domestic services could be defeated on the basis that the services had been provided as part of the bargain between the parties in deciding to live together. While the Court concluded that the claim failed on the facts, it did not hold that such a claim would inevitably fail in all circumstances: p. 991. It seems to me that, in light of *Garland*, where a "bargain" which does not constitute a binding contract is alleged, the issue will be considered at the stage when the defendant seeks to show that there is a juristic reason for the enrichment that does not fall within any of the existing categories; the claim is that the "bargain" represents the parties' reasonable expectations, and evidence about their reasonable expectations would be relevant evidence of the existence (or not) of such a bargain.

[124] To summarize:

1. The parties' reasonable or legitimate expectations have little role to play in deciding whether

Sinon, les avantages réciproques et les attentes raisonnables des parties ont un rôle très limité à jouer dans la première étape de l'analyse du motif juridique énoncée dans *Garland*.

[122] Cependant, des considérations différentes entrent en jeu à la deuxième étape. Suivant les arrêts *Peter* et *Garland*, les attentes raisonnables ou légitimes des parties jouent un rôle essentiel quand le défendeur cherche à établir un nouveau motif juridique, que ce soit au cas par cas ou à l'égard d'une catégorie. Comme le dit le juge Iacobucci dans *Garland*, cela introduit des situations résiduelles qui permettent « aux tribunaux d'examiner toutes les circonstances de l'opération afin de déterminer s'il existe un autre motif de refuser le recouvrement » (par. 45). Plus particulièrement, c'est à cette étape que le tribunal devrait tenir compte des attentes raisonnables des parties et des considérations d'intérêt public.

[123] Pour comprendre de quelle façon les arrêts *Peter* et *Garland* vont de pair, il sera utile d'appliquer la méthode énoncée dans *Garland* à une question abordée, mais non réglée, dans *Peter*. Dans *Peter*, on cherchait à savoir si une demande fondée sur la prestation de services domestiques pouvait être rejetée au motif que les services avaient été fournis dans le cadre d'une entente intervenue entre les parties lorsqu'elles ont décidé de vivre ensemble. Bien que la Cour ait conclu que la demande n'était pas fondée dans les faits, elle n'a pas statué qu'une telle demande était vouée à l'échec dans tous les cas : p. 991. Il me semble que, au vu de l'arrêt *Garland*, lorsque l'existence d'une « entente » qui ne constitue pas un contrat obligatoire est alléguée, la question sera examinée à l'étape à laquelle le défendeur tente de prouver qu'il existe un motif juridique justifiant l'enrichissement qui n'entre dans aucune des catégories existantes; il invoquera que l'« entente » représente les attentes raisonnables des parties, et une preuve relative à ces attentes sera une preuve pertinente de l'existence (ou de l'absence) d'une telle entente.

[124] En résumé :

1. Les attentes raisonnables ou légitimes des parties jouent un rôle négligeable au moment

the services were provided for a juristic reason within the existing categories.

2. In some cases, the fact that mutual benefits were conferred or that the benefits were provided pursuant to the parties' reasonable expectations may be relevant evidence of whether one of the existing categories of juristic reasons is present. An example might be whether there was a contract for the provision of the benefits. However, generally the existence of mutual benefits flowing from the defendant to the claimant will not be considered at the juristic reason stage of the analysis.
3. The parties' reasonable or legitimate expectations have a role to play at the second step of the juristic reason analysis, that is, where the defendant bears the burden of establishing that there is a juristic reason for retaining the benefit which does not fall within the existing categories. It is the mutual or legitimate expectations of both parties that must be considered, and not simply the expectations of either the claimant or the defendant. The question is whether the parties' expectations show that retention of the benefits is just.

[125] I will now turn to the two cases at bar.

#### IV. The Vanasse Appeal

##### A. *Introduction*

[126] In the *Vanasse* appeal, the main issue is how to quantify a monetary award for unjust enrichment. The trial judge awarded a share of the net increase in the family's wealth during the period of unjust enrichment. The Court of Appeal held that this was the wrong approach, finding that the trial judge ought to have performed a *quantum meruit* calculation in which the value that each party received from the other was assessed and set off. This required an evaluation of the defendant

de décider si les services ont été fournis pour un motif juridique appartenant à une catégorie établie.

2. Dans certains cas, le fait que des avantages réciproques aient été conférés ou le fait que les avantages aient été fournis conformément aux attentes raisonnables des parties peut constituer une preuve pertinente pour déterminer si l'une des catégories établies de motifs juridiques s'applique. On pourrait citer comme exemple l'existence d'un contrat stipulant la prestation des avantages. Cependant, en général, l'existence d'avantages conférés par le défendeur au demandeur ne sera pas prise en considération à l'étape de l'analyse qui porte sur l'examen du motif juridique.
3. Les attentes raisonnables ou légitimes des parties jouent un rôle à la deuxième étape de l'analyse du motif juridique, où il incombe au défendeur d'établir qu'il existe un motif juridique de conserver l'avantage n'appartenant pas aux catégories établies. Ce sont les attentes mutuelles ou légitimes des deux parties qui doivent être prises en considération, et non uniquement les attentes du demandeur ou celles du défendeur. La question est de savoir si les attentes des parties prouvent qu'il est équitable de conserver les avantages.

[125] Je vais maintenant examiner les deux présents pourvois.

#### IV. Le pourvoi Vanasse

##### A. *Introduction*

[126] Dans le pourvoi *Vanasse*, la principale question consiste à savoir comment établir la valeur d'une indemnité pécuniaire pour enrichissement injustifié. La juge de première instance a accordé une part de l'augmentation nette de la richesse familiale pendant la période de l'enrichissement injustifié. La Cour d'appel a conclu que ce n'était pas la bonne façon de procéder et que la juge de première instance aurait dû effectuer un calcul fondé sur le *quantum meruit* où la valeur que

Mr. Seguin's non-financial contributions to the relationship which, in the view of the Court of Appeal, the trial judge failed to perform. As the record did not permit the court to apply the correct legal principles to the facts, it ordered a new hearing with respect to compensation and consequential changes to spousal support.

[127] In this Court, the appellant Ms. Vanasse raises two issues:

1. Did the Court of Appeal err by insisting on a strict *quantum meruit* (i.e. "value received") approach to quantify the monetary award for unjust enrichment?
2. Did the Court of Appeal err in finding that the trial judge had failed to consider relevant evidence of Mr. Seguin's contributions?

[128] In my view, the appeal should be allowed and the trial judge's order restored. For the reasons I have developed above, my view is that money compensation for unjust enrichment need not always, as a matter of principle, be calculated on a *quantum meruit* basis. The trial judge here, although not labelling it as such, found that there was a joint family venture and that there was a link between Ms. Vanasse's contribution to it and the substantial accumulation of wealth which the family achieved. In my view, the trial judge made a reasonable assessment of the monetary award appropriate to reverse this unjust enrichment, taking due account of Mr. Seguin's undoubted and substantial contributions.

#### B. *Brief Overview of the Facts and Proceedings*

[129] The background facts of this case are largely undisputed. The parties lived together in

chacune des parties a reçue de l'autre est évaluée et défalquée. Il fallait évaluer les contributions non financières du défendeur M. Seguin, ce qui, selon la Cour d'appel, n'a pas été fait par la juge de première instance. Comme le dossier ne permettait pas à la cour d'appliquer aux faits les principes juridiques appropriés, elle a ordonné la tenue d'une nouvelle audience relativement à la question de l'indemnité et de la modification corrélative de la pension alimentaire.

[127] Devant notre Cour, l'appelante M<sup>me</sup> Vanasse soulève deux questions :

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en imposant une approche stricte fondée sur le *quantum meruit* (c.-à-d. la « valeur reçue ») pour établir la valeur de l'indemnité pécuniaire pour enrichissement injustifié?
2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la juge de première instance avait omis de tenir compte d'éléments de preuve pertinents aux contributions de M. Seguin?

[128] À mon avis, il convient d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision de la juge de première instance. Pour les motifs exposés ci-dessus, j'estime qu'il n'est pas toujours nécessaire, en principe, de calculer une indemnité pécuniaire pour enrichissement injustifié en fonction du *quantum meruit*. En l'espèce, la juge de première instance a conclu qu'il y avait une coentreprise familiale, bien qu'elle ne l'ait pas qualifiée ainsi, et qu'il existait un lien entre la contribution de M<sup>me</sup> Vanasse à la coentreprise et l'accumulation importante de la richesse familiale. À mon avis, la juge de première instance a raisonnablement évalué l'indemnité pécuniaire appropriée pour permettre l'annulation de cet enrichissement injustifié, en tenant dûment compte des contributions incontestées et importantes de M. Seguin.

#### B. *Bref aperçu des faits et des décisions des juridictions inférieures*

[129] Le contexte de l'espèce n'est essentiellement pas contesté. Les parties ont vécu en union de

a common law relationship for approximately 12 years, from 1993 until March 2005. Together, they had two children who were aged 8 and 10 at the time of trial.

[130] During approximately the first four years of their relationship (1993 to 1997), the parties diligently pursued their respective careers, Ms. Vanasse with the Canadian Security Intelligence Service (“CSIS”) and Mr. Seguin with Fastlane Technologies Inc., marketing a network operating system he had developed.

[131] In March of 1997, Ms. Vanasse took a leave of absence to move with Mr. Seguin to Halifax, where Fastlane had relocated for important business reasons. During the next three and one-half years, the parties had two children; Ms. Vanasse took care of the domestic labour, while Mr. Seguin devoted himself to developing Fastlane. The family moved back to Ottawa in 1998, where Mr. Seguin purchased a home and registered it in the names of both parties as joint tenants. In September 2000, Fastlane was sold and Mr. Seguin netted approximately \$11 million. He placed the funds in a holding company, with which he continued to develop business and investment opportunities.

[132] After the sale of Fastlane, Ms. Vanasse continued to assume most of the domestic responsibilities, although Mr. Seguin was more available to assist. He continued to manage the finances.

[133] The parties separated on March 27, 2005. At that time, they were in starkly contrasting financial positions: Ms. Vanasse’s net worth had gone from about \$40,000 at the time she and Mr. Seguin started living together, to about \$332,000 at the time of separation; Mr. Seguin had come into the relationship with about \$94,000, and his net worth at the time of separation was about \$8,450,000.

[134] Ms. Vanasse brought proceedings in the Superior Court of Justice. In addition to seeking orders with respect to spousal support and child

fait pendant environ 12 ans, de 1993 à mars 2005. Ensemble, ils ont eu deux enfants qui étaient âgés de 8 et 10 ans au moment du procès.

[130] Pendant environ les quatre premières années de leur relation (de 1993 à 1997), les parties ont diligemment continué leur carrière respective, M<sup>me</sup> Vanasse avec le Service canadien du renseignement de sécurité (« SCRS ») et M. Seguin avec Fastlane Technologies Inc., où il commercialisait un système d’exploitation de réseau qu’il avait mis sur pied.

[131] En mars 1997, M<sup>me</sup> Vanasse a pris un congé pour pouvoir s’installer avec M. Seguin à Halifax, où Fastlane avait déménagé pour des raisons d’affaires importantes. Au cours des trois années et demie qui ont suivi, les parties ont eu deux enfants. Madame Vanasse s’occupait des travaux domestiques pendant que M. Seguin se consacrait à la croissance de Fastlane. La famille est revenue à Ottawa en 1998, où M. Seguin a acheté une maison qu’il a enregistrée au nom des deux parties en tant que copropriétaires. En septembre 2000, Fastlane a été vendue et M. Seguin a reçu environ 11 millions de dollars. Il a placé les fonds dans une société de portefeuille, grâce à laquelle il a continué de profiter d’occasions d’affaires et de placement.

[132] Après la vente de Fastlane, M<sup>me</sup> Vanasse a continué de s’acquitter de la plupart des obligations familiales, bien que M. Seguin ait été davantage disponible pour l’aider. Il a continué de gérer les finances.

[133] Les parties se sont séparées le 27 mars 2005. À ce moment-là, leur situation financière était diamétralement opposée : l’avoir net de M<sup>me</sup> Vanasse était passé d’environ 40 000 \$ au début de leur vie commune à près de 332 000 \$ au moment de la séparation; M. Seguin avait environ 94 000 \$ au début de la relation et son avoir net s’élevait à environ 8 450 000 \$ au moment de la séparation.

[134] Madame Vanasse a intenté une action devant la Cour supérieure de justice. En plus de demander une pension alimentaire et la garde des



custody, Ms. Vanasse claimed unjust enrichment. She argued that Mr. Seguin had been unjustly enriched because he retained virtually all of the funds from the sale of Fastlane, even though she had contributed to their acquisition through benefits she conferred in the form of domestic and childcare services. She alleged her contributions allowed Mr. Seguin to dedicate most of his time and energy to Fastlane. She sought relief by way of constructive trust in Mr. Seguin's remaining one half interest in the family home, and a one-half interest in the investment assets held by Mr. Seguin's holding company.

[135] Mr. Seguin contested the unjust enrichment claim. While conceding he had been enriched during the roughly three-year period where he was working outside the home full time and Ms. Vanasse was working at home full time (May 1997 to September 2000), he argued there was no corresponding deprivation because he had given her a one-half interest in the family home and approximately \$44,000 in Registered Retirement Savings Plans ("RRSPs"). In the alternative, Mr. Seguin submitted that a constructive trust remedy was inappropriate because there was no link between Ms. Vanasse's contributions and the property of Fastlane.

[136] The trial judge, Blishen J., concluded that the relationship of the parties could be divided into three distinct periods: (1) From the commencement of cohabitation in 1993 until March 1997 when Ms. Vanasse left her job at CSIS; (2) From March 1997 to September 2000, during which both children were born and Fastlane was sold; and (3) From September 2000 to the separation of the parties in March 2005. She concluded that neither party had been unjustly enriched in the first or third periods; she held that their contributions to the relationship during these periods had been proportionate. In the first period, there were no children of the relationship and both parties were focused on their careers; in the third period, both parents were home and their contributions had been proportionate.

enfants, elle a invoqué l'enrichissement injustifié. Elle a soutenu que M. Seguin s'était injustement enrichi parce qu'il avait conservé la quasi-totalité de la somme provenant de la vente de Fastlane, bien qu'elle ait contribué à son acquisition grâce aux avantages qu'elle conférait sous forme de services domestiques et de soins des enfants. Elle a affirmé que ses contributions ont permis à M. Seguin de consacrer la majeure partie de son temps et de son énergie à l'entreprise. Elle a invoqué l'existence d'une fiducie constructive sur la moitié de la résidence familiale revenant à M. Seguin et un intérêt bénéficiaire de moitié dans les placements de la société de portefeuille de M. Seguin.

[135] Monsieur Seguin a contesté la demande pour enrichissement injustifié. Il a admis s'être enrichi pendant la période d'environ trois ans où il travaillait à temps plein à l'extérieur de la maison et que M<sup>me</sup> Vanasse restait à la maison à temps plein (de mai 1997 à septembre 2000), mais il a soutenu qu'il n'y avait pas eu un appauvrissement correspondant parce qu'il lui avait donné la moitié de la résidence familiale et environ 44 000 \$ dans des régimes enregistrés d'épargne-retraite (« REER »). À titre subsidiaire, M. Seguin a fait valoir qu'une fiducie constructive était inappropriée en raison de l'absence de lien entre les contributions de M<sup>me</sup> Vanasse et la propriété de Fastlane.

[136] En première instance, la juge Blishen a conclu que la relation des parties pouvait se diviser en trois périodes distinctes : (1) du début de la cohabitation en 1993 jusqu'en mars 1997 quand M<sup>me</sup> Vanasse a laissé son emploi au SCRS; (2) de mars 1997 à septembre 2000, période pendant laquelle les deux enfants sont nés et Fastlane a été vendue; et (3) de septembre 2000 à la séparation des parties en mars 2005. Elle a conclu que ni l'une ni l'autre des parties ne s'était injustement enrichie au cours de la première et de la troisième périodes; elle était d'avis que leurs contributions à la relation pendant ces périodes avaient été proportionnées. Durant la première période, les parties n'avaient pas d'enfant et elles se concentraient sur leur carrière; durant la troisième période, les deux parents étaient à la maison et leurs contributions étaient proportionnées.

[137] In the second period, however, the trial judge concluded that Mr. Seguin had been unjustly enriched by Ms. Vanasse. Ms. Vanasse had been in charge of the domestic side of the household, including caring for their two children. She had not been a “nanny/housekeeper” and, as the trial judge held, throughout the relationship she had been at least “an equal contributor to the family enterprise”. The trial judge concluded that Ms. Vanasse’s contributions during this second period “significantly benefited Mr. Seguin and were not proportional” (para. 139).

[138] The trial judge found as a fact that Ms. Vanasse’s efforts during this second period were directly linked to Mr. Seguin’s business success. She stated, at para. 91, that

Mr. Seguin was enriched by Ms. Vanasse’s running of the household, providing child care for two young children and looking after all the necessary appointments and needs of the children. Mr. Seguin could not have made the efforts he did to build up the company but for Ms. Vanasse’s assumption of these responsibilities. Mr. Seguin reaped the benefits of Ms. Vanasse’s efforts by being able to focus his time, energy and efforts on Fastlane. [Emphasis added.]

Again at para. 137, the trial judge found that

Mr. Seguin was unjustly enriched and Ms. Vanasse deprived for three and one-half years of their relationship, during which time Mr. Seguin often worked day and night and traveled frequently while in Halifax. Mr. Seguin could not have succeeded, as he did, and built up the company, as he did, without Ms. Vanasse assuming the vast majority of childcare and household responsibilities. Mr. Seguin could not have devoted his time to Fastlane but for Ms. Vanasse’s assumption of those responsibilities. . . . Mr. Seguin reaped the benefit of Ms. Vanasse’s efforts by being able to focus all of his considerable energies and talents on making Fastlane a success. [Emphasis added.]

[137] Cependant, durant la deuxième période, la juge de première instance a conclu que M. Seguin s’était injustement enrichi grâce à M<sup>me</sup> Vanasse. Cette dernière s’occupait des travaux domestiques, ainsi que de leurs deux enfants. Elle n’était pas une [TRADUCTION] « gouvernante/femme de ménage » et, comme l’a dit la juge de première instance, elle a « contribué au moins autant à la coentreprise familiale » pendant la relation. La juge de première instance a conclu que les contributions de M<sup>me</sup> Vanasse pendant la deuxième période « avaient grandement avantage M. Seguin et n’étaient pas proportionnées » (par. 139).

[138] La juge de première instance a conclu que les efforts déployés par M<sup>me</sup> Vanasse pendant cette deuxième période étaient directement liés au succès professionnel de M. Seguin. Elle a affirmé ce qui suit au par. 91 :

[TRADUCTION] Monsieur Seguin s’était enrichi du fait que M<sup>me</sup> Vanasse gérait la maisonnée, s’occupait de deux jeunes enfants et veillait à prendre tous les rendez-vous nécessaires pour ceux-ci et à répondre à tous leurs besoins. Monsieur Seguin n’aurait pas pu faire tous les efforts qu’il a faits pour créer l’entreprise si M<sup>me</sup> Vanasse n’avait pas assumé ces responsabilités. Monsieur Seguin a tiré un avantage des efforts de M<sup>me</sup> Vanasse, car il a été en mesure de concentrer son temps, son énergie et ses efforts sur Fastlane. [Je souligne.]

Encore au par. 137, la juge du procès a conclu comme suit :

[TRADUCTION] Monsieur Seguin s’était injustement enrichi et M<sup>me</sup> Vanasse s’est appauvrie pendant trois ans et demi de leur relation, période pendant laquelle M. Seguin travaillait souvent jour et nuit et voyageait fréquemment quand ils habitaient à Halifax. Monsieur Seguin n’aurait pas pu avoir le même succès et développer l’entreprise comme il l’a fait si M<sup>me</sup> Vanasse n’avait pas assumé la majeure partie des responsabilités parentales et domestiques. Il n’aurait pas pu consacrer son temps à Fastlane si M<sup>me</sup> Vanasse n’avait pas assumé ces responsabilités. [ . . . ] Monsieur Seguin a bénéficié des efforts déployés par M<sup>me</sup> Vanasse puisqu’il était en mesure de concentrer toute son énergie et son talent sur la réussite de Fastlane. [Je souligne.]

[139] The trial judge concluded that a monetary award in this case was appropriate, given Mr. Seguin's ability to pay, and lack of a sufficiently direct and substantial link between Ms. Vanasse's contributions and Fastlane or Mr. Seguin's holding company, as required to impose a remedial constructive trust.

[140] With respect to quantification, Blishen J. noted that Ms. Vanasse had received a one-half interest in the family home, but concluded that this was not adequate compensation for her contributions. The trial judge compared the net worths of the parties and determined that Ms. Vanasse was entitled to a one-half interest in the prorated increase in Mr. Seguin's net worth during the period of the unjust enrichment. She reasoned that his net worth had increased by about \$8.4 million dollars over the 12 years of the relationship. Although she noted that the most significant increase took place when Fastlane was sold towards the end of the period of unjust enrichment, she nonetheless prorated the increase over the full 12 years of the relationship, yielding a figure of about \$700,000 per year. Starting with the \$2.45 million increase attributable to the three and one-half years of unjust enrichment, the trial judge awarded Ms. Vanasse 50 per cent of that amount, less the value of her interest in the family home and her RRSPs. This produced an award of just under \$1 million.

[141] Mr. Seguin did not appeal Blishen J.'s unjust enrichment finding, and conceded unjust enrichment between 1997 and 2000 on appeal. Therefore, the trial judge's findings that there had been an unjust enrichment during that period and that there was no unjust enrichment during the other periods are not in issue. The sole issue for determination in this Court is the propriety of the trial judge's monetary award for the unjust enrichment which she found to have occurred.

[139] La juge du procès a conclu qu'une indemnité pécuniaire était appropriée, compte tenu de la capacité de payer de M. Seguin et de l'absence d'un lien suffisamment direct et important entre les contributions de M<sup>me</sup> Vanasse et Fastlane ou la société de portefeuille de M. Seguin, comme cela est requis pour imposer une fiducie constructive de nature réparatoire.

[140] Quant au montant de cette indemnité, la juge Blishen a fait remarquer que M<sup>me</sup> Vanasse avait reçu une part de 50 pour cent dans la résidence familiale, mais a conclu que cela ne constituait pas une compensation adéquate pour ses contributions. Après avoir comparé les avoirs nets des parties, elle a décidé que M<sup>me</sup> Vanasse avait droit à la moitié de l'augmentation proportionnelle de l'avoir net de M. Seguin pendant la période de l'enrichissement injustifié. Selon elle, son avoir net avait augmenté d'environ 8,4 millions de dollars au cours des 12 années de la relation. Elle a certes souligné que l'augmentation la plus importante a eu lieu quand Fastlane a été vendue vers la fin de la période de l'enrichissement injustifié, mais elle a tout de même réparti l'augmentation sur les 12 années qu'a duré la relation, arrivant à un montant d'environ 700 000 \$ par année. En commençant avec l'augmentation de 2,45 millions de dollars attribuable à la période de trois ans et demi d'enrichissement injustifié, la juge de première instance a accordé à M<sup>me</sup> Vanasse la moitié de ce montant, moins la valeur de sa part dans la résidence familiale et ses REER. Le montant accordé était donc d'un peu moins de 1 million de dollars.

[141] En appel, M. Seguin n'a pas attaqué la conclusion de la juge Blishen relative à l'enrichissement injustifié et a admis cet enrichissement entre 1997 et 2000. Par conséquent, les conclusions de la juge de première instance, suivant lesquelles il y a eu enrichissement injustifié durant cette période et non durant les autres périodes, ne sont pas en cause. La seule question que notre Cour est appelée à trancher concerne la justesse de l'indemnité pécuniaire accordée pour l'enrichissement injustifié.

C. *Analysis*

- (1) Was the Trial Judge Required to Use a *Quantum Meruit* Approach to Calculate the Monetary Award?

[142] I agree with the appellant that a monetary award for unjust enrichment need not, as a matter of principle, always be calculated on a fee-for-services basis. As I have set out earlier, an unjust enrichment is best characterized as one party leaving the relationship with a disproportionate share of wealth that accumulated as a result of the parties' joint efforts. This will be so when the parties were engaged in a joint family venture and where there is a link between the contributions of the claimant and the accumulation of wealth. When this is the case, the amount of the enrichment should be assessed by determining the claimant's proportionate contribution to that accumulated wealth. As the trial judge saw it, this was exactly the situation of Ms. Vanasse and Mr. Seguin.

- (2) Existence of a Joint Family Venture

[143] The trial judge, after a six-day trial, concluded that "Ms. Vanasse was not a nanny/housekeeper". She found that Ms. Vanasse had been at least "an equal contributor to the family enterprise" throughout the relationship and that, during the period of unjust enrichment, her contributions "significantly benefited Mr. Seguin" (para. 139).

[144] The trial judge, of course, did not review the evidence under the headings that I have suggested will be helpful in identifying a joint family venture, namely "mutual effort", "economic integration", "actual intent" and "priority of the family". However, her findings of fact and analysis indicate that the unjust enrichment of Mr. Seguin at the expense of Ms. Vanasse ought to be characterized as the retention by Mr. Seguin of a disproportionate share of the wealth generated from a joint family

C. *Analyse*

- (1) La juge du procès était-elle tenue d'appliquer une méthode fondée sur le *quantum meruit* pour calculer l'indemnité pécuniaire?

[142] Je suis d'accord avec l'appelante pour dire qu'il n'est pas nécessaire, en principe, de toujours calculer l'indemnité pécuniaire pour enrichissement injustifié en fonction de la valeur des services. Comme je l'ai déjà dit, la meilleure façon de définir l'enrichissement injustifié est de considérer ce qui se produit lorsqu'une partie quitte la relation avec une part disproportionnée de la richesse accumulée grâce aux efforts communs des parties. Il y a un enrichissement injustifié quand les parties étaient engagées dans une coentreprise familiale et qu'il existe un lien entre les contributions du demandeur et l'accumulation de la richesse. Quand c'est le cas, il convient d'évaluer la valeur de l'enrichissement en déterminant la contribution proportionnelle du demandeur à cette richesse. Selon la juge de première instance, telle était la situation de M<sup>me</sup> Vanasse et de M. Seguin.

- (2) Existence d'une coentreprise familiale

[143] Après un procès de six jours, la juge de première instance a conclu que [TRADUCTION] « M<sup>me</sup> Vanasse n'était ni une gouvernante ni une femme de ménage ». La juge était d'avis que M<sup>me</sup> Vanasse avait « contribué au moins autant à la coentreprise familiale » pendant la relation et que, pendant la période d'enrichissement injustifié, ses contributions « avaient grandement avantage M. Seguin » (par. 139).

[144] Évidemment, la juge de première instance n'a pas examiné la preuve en fonction des rubriques qui, selon moi, permettront de reconnaître l'existence d'une coentreprise familiale, à savoir « l'effort commun », « l'intégration économique », « l'intention réelle » et « la priorité accordée à la famille ». Toutefois, selon ses conclusions de fait et son analyse, l'enrichissement injustifié de M. Seguin au détriment de M<sup>me</sup> Vanasse tient à la conservation, par M. Seguin, d'une part disproportionnée de la

venture. The judge's findings fit conveniently under the headings I have suggested.

(a) *Mutual Effort*

[145] There are several factors in this case which suggest that, throughout their relationship, the parties were working collaboratively towards common goals. First, as previously mentioned, the trial judge found that Ms. Vanasse's role was not as a "nanny/housekeeper" but rather as at least an equal contributor throughout the relationship. The parties made important decisions keeping the overall welfare of the family at the forefront: the decision to move to Halifax, the decision to move back to Ottawa, and the decision that Ms. Vanasse would not return to work after the sale of Fastlane are all clear examples. The parties pooled their efforts for the benefit of their family unit. As the trial judge found, during the second stage of their relationship from March 1997 to September 2000, the division of labour was such that Ms. Vanasse was almost entirely responsible for running the home and caring for the children, while Mr. Seguin worked long hours and managed the family finances. The trial judge found that it was through their joint efforts that they were able to raise a young family and acquire wealth. As she put it, "Mr. Seguin could not have made the efforts he did to build up the company but for Ms. Vanasse's assumption of these responsibilities" (para. 91). While Mr. Seguin's long hours and extensive travel reduced somewhat in September 1998 when the parties returned to Ottawa, the basic division of labour remained the same.

[146] Notably, the period of unjust enrichment corresponds to the time during which the parties had two children together (in 1997 and 1999), a further indicator that they were working together to achieve common goals. The length of the relationship is also relevant, and their 12-year cohabitation is a significant period of time. Finally, the trial

richesse générée par la coentreprise familiale. Les conclusions de la juge entrent parfaitement dans les rubriques que j'ai suggérées.

a) *Effort conjoint*

[145] En l'espèce, plusieurs facteurs donnent à penser que, pendant toute la durée de leur relation, les parties collaboraient en vue d'atteindre des buts communs. Premièrement, comme je l'ai déjà mentionné, la juge de première instance a conclu que M<sup>me</sup> Vanasse n'avait pas un rôle de [TRADUCTION] « gouvernante ni de femme de ménage », mais qu'elle avait contribué au moins autant pendant la relation. Les parties ont pris des décisions importantes en gardant le bien-être de la famille au premier plan : la décision de déménager à Halifax, la décision de revenir s'établir à Ottawa et la décision selon laquelle M<sup>me</sup> Vanasse ne retournerait pas travailler après la vente de Fastlane en sont des exemples clairs. Les parties ont uni leurs efforts pour le bien-être de l'unité familiale. Comme l'a conclu la juge de première instance, pendant la deuxième étape de leur relation de mars 1997 à septembre 2000, la répartition des tâches était telle que M<sup>me</sup> Vanasse était presque entièrement responsable de la maison et des enfants, alors que M. Seguin travaillait de longues heures et gérait les finances familiales. La juge de première instance a conclu que les parties ont été en mesure d'élever une famille et d'acquérir une richesse grâce à leurs efforts communs. Pour reprendre ses propos, [TRADUCTION] « M. Seguin n'aurait pas pu faire tous les efforts qu'il a faits pour créer l'entreprise si M<sup>me</sup> Vanasse n'avait pas assumé ces responsabilités » (par. 91). Bien que les longues heures de travail et les déplacements de M. Seguin aient quelque peu diminué en septembre 1998 quand les parties sont retournées à Ottawa, la répartition fondamentale des tâches est demeurée la même.

[146] Il convient de souligner que la période d'enrichissement injustifié correspond à la période pendant laquelle les parties ont eu leurs deux enfants (en 1997 et 1999), un autre indice qu'elles travaillaient ensemble dans le but de réaliser des objectifs communs. La durée de la relation est aussi pertinente, et 12 ans de cohabitation se veut

judge described the arrangement between the parties as a “family enterprise”, to which Ms. Vanasse was “at least, an equal contributor” (paras. 138-39).

(b) *Economic Integration*

[147] The trial judge found that “[t]his was not a situation of economic interdependence” (para. 105). That said, there was a pooling of resources. Ms. Vanasse was not employed and did not contribute financially to the family after the children were born, and thus was financially dependent on Mr. Seguin. The family home was registered jointly, and the parties had a joint chequing account. As the trial judge put it, “She was ‘the C.E.O. of the kids’ and he was ‘the C.E.O. of the finances’” (para. 105).

(c) *Actual Intent*

[148] The actual intent of the parties in a domestic relationship, as expressed by the parties or inferred from their conduct, must be given considerable weight in determining whether there was a joint family venture. There are a number of findings of fact that indicate these parties considered their relationship to be a joint family venture.

[149] While a promise to marry or the discussion of legal marriage is by no means a prerequisite for the identification of a joint family venture, in this case the parties’ intentions with respect to marriage strongly suggest that they viewed themselves as the equivalent of a married couple. Mr. Seguin proposed to Ms. Vanasse in July 1996 and they exchanged rings. While they were “devoted to one another and still in love”, a wedding date was never set (para. 14). Mr. Seguin raised the topic of marriage again when Ms. Vanasse found out she was pregnant with their first child. Although they never married, the trial judge found that there had been “mutual expectations [of marriage] during the first few years of their 12 year relationship” (para. 64). Mr. Seguin continued to address Ms. Vanasse

une période assez longue. Enfin, la juge de première instance a décrit l’entente entre les parties comme une [TRADUCTION] « entreprise familiale », à laquelle M<sup>me</sup> Vanasse « contribuait au moins autant » (par. 138-139).

b) *Intégration économique*

[147] La juge du procès a conclu que [TRADUCTION] « [c]e n’était pas une situation d’interdépendance économique » (par. 105). Cela dit, il y avait une mise en commun des ressources. Madame Vanasse ne travaillait pas et ne contribuait pas financièrement à la famille après la naissance des enfants; elle était donc financièrement dépendante de M. Seguin. La résidence familiale était enregistrée aux deux noms et les parties avaient un compte chèque conjoint. Comme l’a dit la juge de première instance, [TRADUCTION] « [e]lle était “PDG des enfants” et il était “PDG des finances” » (par. 105).

c) *Intention réelle*

[148] Dans une relation conjugale, il faut accorder beaucoup d’importance à l’intention réelle des parties, exprimée par elles ou inférée de leur conduite, au moment de déterminer s’il existait une coentreprise familiale. Un certain nombre de conclusions de fait indiquent que ces parties considéraient leur relation comme une coentreprise familiale.

[149] Bien qu’une promesse de mariage ou un projet de mariage ne soit absolument pas une condition préalable pour conclure à l’existence d’une coentreprise familiale, en l’espèce, les intentions des parties à l’égard du mariage portent fortement à croire qu’elles se considéraient elles-mêmes comme un couple marié. Monsieur Seguin a demandé M<sup>me</sup> Vanasse en mariage en juillet 1996 et ils ont échangé des anneaux. Bien qu’ils aient été [TRADUCTION] « très attachés l’un à l’autre et en amour », ils n’ont jamais fixé une date de mariage (par. 14). Monsieur Seguin a soulevé à nouveau le sujet du mariage quand M<sup>me</sup> Vanasse a su qu’elle était enceinte de leur premier enfant. Ils ne se sont jamais mariés, mais la juge de première instance a conclu que les parties [TRADUCTION] « entendaient

as “my future wife”, and she was viewed by the outside world as such (para. 33).

[150] The trial judge also referred to statements made by Mr. Seguin that were strongly indicative of his view that there was a joint family venture. As the trial judge put it, at para. 28, upon the sale of Fastlane

Mr. Seguin became a wealthy man. He told Ms. Vanasse that they would never have to worry about finances as their parents did; their children could go to the best schools and they could live a good life without financial concerns.

Again, at para. 98:

After the sale of the company, Mr. Seguin indicated they could retire, the children could go to the best schools and the family would be well cared for. The family took travel vacations, enjoyed luxury cars, bought a large cabin cruiser which they used for summer vacations and purchased condominiums at Mont-Tremblant.

[151] While the trial judge viewed Mr. Seguin’s promises and reassurances as contributing to a reasonable expectation on the part of Ms. Vanasse that she was to share in the increase of his net worth during the period of unjust enrichment, in my view these comments are more appropriately characterized as a reflection of the reality that there was a joint family venture, to which the couple jointly contributed for their mutual benefit and the benefit of their children.

(d) *Priority of the Family*

[152] There is a strong inference from the factual findings that, to Mr. Seguin’s knowledge, Ms. Vanasse relied on the relationship to her detriment. As the trial judge found, in 1997 Ms. Vanasse gave up a lucrative and exciting career with CSIS, where she was training to be an intelligence officer, to move to Halifax with Mr. Seguin. In many ways this was a sacrifice on her part; she left her career,

[se marier] pendant les premières années de leur relation de 12 ans » (par. 64). Monsieur Seguin a continué d’appeler M<sup>me</sup> Vanasse [TRADUCTION] « ma future femme » et c’est ainsi que les autres la percevaient (par. 33).

[150] La juge de première instance a aussi fait référence à certaines déclarations de M. Seguin qui donnaient fortement à penser que lui-même estimait qu’il existait une coentreprise familiale. Comme l’a dit la juge de première instance au par. 28, après la vente de Fastlane,

[TRADUCTION] M. Seguin est devenu riche. Il a affirmé à M<sup>me</sup> Vanasse qu’ils n’auraient jamais à se préoccuper de leurs finances comme c’était le cas de leurs parents; leurs enfants pourraient fréquenter les meilleures écoles et ils pourraient mener une belle vie sans soucis financiers.

Et au par. 98 :

[TRADUCTION] Après la vente de l’entreprise, M. Seguin a affirmé qu’ils pouvaient prendre leur retraite, que les enfants pourraient fréquenter les meilleures écoles et que la famille serait bien traitée. La famille a voyagé, roulé en voitures de luxe, acheté un grand bateau de croisière pour les vacances d’été ainsi que des condominiums à Mont-Tremblant.

[151] La juge de première instance était d’avis que, à cause des promesses et des paroles rassurantes de M. Seguin, M<sup>me</sup> Vanasse s’attendait raisonnablement à profiter de l’augmentation de l’avoir net pendant la période d’enrichissement injustifié, mais à mon avis, ces remarques reflètent davantage le fait qu’il existait une coentreprise familiale à laquelle le couple a contribué conjointement pour leur bénéfice et le bénéfice de leurs enfants.

d) *Priorité accordée à la famille*

[152] Il y a de fortes raisons d’inférer des conclusions de fait que, à la connaissance de M. Seguin, M<sup>me</sup> Vanasse s’est fiée sur la relation à son détriment. Comme l’a dit la juge de première instance, M<sup>me</sup> Vanasse a renoncé, en 1997, à une carrière lucrative et excitante au SCRS, où elle était en formation pour devenir agente du renseignement, afin de suivre M. Seguin à Halifax. À bien des

gave up her own income, and moved away from her family and friends. Mr. Seguin had moved to Halifax in order to relocate Fastlane for business reasons. Ms. Vanasse then stayed home and cared for their two small children. As I have already explained, during the period of the unjust enrichment, Ms. Vanasse was responsible for a disproportionate share of the domestic labour. It was these domestic contributions that, in part, permitted Mr. Seguin to focus on his work with Fastlane. Later, in 2003, the “family’s decision” was for Ms. Vanasse to remain home after her leave from CSIS had expired (para. 198). Ms. Vanasse’s financial position at the breakdown of the relationship indicates she relied on the relationship to her economic detriment. This is all evidence supporting the conclusion that the parties were, in fact, operating as a joint family venture.

[153] As a final point, I would refer to the arguments made by Mr. Seguin, which were accepted by the Court of Appeal, that the trial judge failed to give adequate weight to sacrifices Mr. Seguin made for the benefit of the relationship. Later in my reasons, I will address the question of whether the trial judge actually failed in this regard. However, the points raised by Mr. Seguin to support this argument actually serve to reinforce the conclusion that there was a joint family venture. Mr. Seguin specifically notes a number of factors, including: agreeing to step down as CEO of Fastlane in September 1997 to make himself more available to Ms. Vanasse, causing friction with his co-workers and partners, and reducing his remuneration; agreeing to relocate to Ottawa at Ms. Vanasse’s request in 1998; and making increased efforts to work at home more and travel less after moving back to Ottawa. These facts are indicative of the sense of mutuality in the parties’ social and financial relationship. In short, they support the identification of a joint family venture.

égards, elle a fait un sacrifice : elle a quitté sa carrière, renoncé à son salaire et déménagé loin de sa famille et de ses amis. Monsieur Seguin s’était installé à Halifax dans le but d’y relocaliser Fastlane pour des raisons d’affaires. Madame Vanasse est donc restée à la maison et s’est occupée de leurs deux jeunes enfants. Comme je l’ai déjà expliqué, pendant la période d’enrichissement injustifié, M<sup>me</sup> Vanasse assumait une part disproportionnée des travaux domestiques. Ce sont ces contributions domestiques qui ont permis, en partie, à M. Seguin de se concentrer sur son travail avec Fastlane. Plus tard, en 2003, la [TRADUCTION] « famille a décidé » que M<sup>me</sup> Vanasse allait rester à la maison après la fin de son congé du SCRS (par. 198). La situation financière de M<sup>me</sup> Vanasse au moment de leur rupture indique qu’elle s’est fiée sur la relation à son détriment économique. Tous ces éléments de preuve étayent la conclusion que les parties formaient, dans les faits, une coentreprise familiale.

[153] Enfin, je renvoie aux arguments de M. Seguin, qui ont été acceptés par la Cour d’appel, selon lesquels la juge de première instance n’a pas accordé l’importance qui convenait aux sacrifices faits par M. Seguin au bénéfice de la relation. Plus loin dans mes motifs, je vais aborder la question de savoir si la juge de première instance a effectivement commis une erreur à cet égard. Cependant, les points soulevés par M. Seguin pour appuyer cet argument servent en fait à renforcer la conclusion selon laquelle il existait une coentreprise familiale. Monsieur Seguin mentionne expressément un certain nombre de facteurs, y compris : accepter de démissionner de son poste de PDG de Fastlane en septembre 1997 pour se rendre plus disponible pour M<sup>me</sup> Vanasse, créant ainsi des frictions avec ses collègues et ses partenaires et réduisant sa rémunération; accepter de déménager à Ottawa en 1998 à la demande de M<sup>me</sup> Vanasse; et redoubler d’efforts pour travailler plus souvent à la maison et voyager moins souvent après le déménagement à Ottawa. Ces faits révèlent un accord mutuel dans la relation sociale et financière des parties. En résumé, ils appuient l’existence d’une coentreprise familiale.



(e) *Conclusion on Identification of the Joint Family Venture*

[154] In my view, the trial judge's findings of fact clearly show that Ms. Vanasse and Mr. Seguin engaged in a joint family venture. The remaining question is whether there was a link between Ms. Vanasse's contributions to it and the accumulation of wealth.

(3) Link to Accumulation of Wealth

[155] The trial judge made a clear finding that there was a link between Ms. Vanasse's contributions and the family's accumulation of wealth.

[156] I have referred earlier, in some detail, to the trial judge's findings in this regard. However, to repeat, her conclusion is expressed particularly clearly at para. 91 of her reasons:

Mr. Seguin could not have made the efforts he did to build up the company but for Ms. Vanasse's assumption of these [household and child-rearing] responsibilities. Mr. Seguin reaped the benefits of Ms. Vanasse's efforts by being able to focus his time, energy and efforts on Fastlane.

[157] Given that and similar findings, I conclude that not only were these parties engaged in a joint family venture, but that there was a clear link between Ms. Vanasse's contribution to it and the accumulation of wealth. The unjust enrichment is thus best viewed as Mr. Seguin leaving the relationship with a disproportionate share of the wealth accumulated as a result of their joint efforts.

(4) Calculation of the Award

[158] The main focus of the appeal was on whether the award ought to have been calculated on a *quantum meruit* basis. Very little was argued before this Court regarding the way the trial judge approached her calculation of a proportionate share of the parties' accumulated wealth. I conclude that

e) *Conclusion sur l'existence de la coentreprise familiale*

[154] À mon avis, dans ses conclusions de fait, la juge de première instance montre clairement que M<sup>me</sup> Vanasse et M. Seguin étaient engagés dans une coentreprise familiale. Il reste à savoir s'il y avait un lien entre les contributions de M<sup>me</sup> Vanasse à la coentreprise et l'accumulation de la richesse.

(3) Lien avec l'accumulation de la richesse

[155] La juge de première instance a clairement conclu qu'il y avait un lien entre les contributions de M<sup>me</sup> Vanasse et l'accumulation de la richesse familiale.

[156] J'ai déjà fait état, d'une manière assez détaillée, des conclusions de la juge de première instance à cet égard. Je reprends toutefois ses propos particulièrement clairs au par. 91 de ses motifs :

[TRADUCTION] Monsieur Seguin n'aurait pas pu faire tous les efforts qu'il a faits pour créer l'entreprise si M<sup>me</sup> Vanasse n'avait pas assumé ces responsabilités [liées à l'entretien de la maison et à l'éducation des enfants]. Monsieur Seguin a tiré un avantage des efforts de M<sup>me</sup> Vanasse, car il a été en mesure de concentrer son temps, son énergie et ses efforts sur Fastlane.

[157] Compte tenu de cette conclusion et d'autres semblables, je conclus que non seulement ces parties étaient engagées dans une coentreprise familiale, mais aussi qu'il y avait un lien clair entre la contribution de M<sup>me</sup> Vanasse et l'accumulation de la richesse. Il convient donc de considérer qu'il y a un enrichissement injustifié du fait que M. Seguin quitte la relation avec une part disproportionnée de la richesse accumulée grâce à leurs efforts conjoints.

(4) Calcul de l'indemnité

[158] Le pourvoi visait principalement à savoir s'il aurait fallu calculer l'indemnité en fonction du *quantum meruit*. Devant notre Cour, la façon dont la juge de première instance a déterminé la part proportionnelle de la richesse accumulée des parties a été très peu débattue. J'estime que l'approche

the trial judge's approach was reasonable in the circumstances, but I stress that I do not hold out her approach as necessarily being a template for future cases. Within the legal principles I have outlined, there may be many ways in which an award may be quantified reasonably. I prefer not to make any more general statements about the quantification process in the context of this appeal, except this. Provided that the correct legal principles are applied, and the findings of fact are not tainted by clear and determinative error, a trial judge's assessment of damages is treated with considerable deference on appeal: see, e.g., *Nance v. British Columbia Electric Railway Co.*, [1951] A.C. 601 (P.C.). A reasoned and careful exercise of judgment by the trial judge as to the appropriate monetary award to remedy an unjust enrichment should be treated with the same deference. There are two final specific points that I must address.

[159] Mr. Seguin submits, very briefly, that a proper application of the "value survived" approach in this case would require a careful determination of the contributions by third parties to the growth of Fastlane during the period his own contributions were diminished, as a result of what counsel characterizes as Ms. Vanasse's "demands" that he reduce his hours and move back to Ottawa. This argument is premised on the notion that the money he received from the sale was not justly his to share with Ms. Vanasse. I cannot accept this premise. Unexplained is why he received more than his share when the company was sold or why, having received more than he was due, Ms. Vanasse is still not entitled to an equitable share of what he actually received.

[160] Second, there is the finding of the Court of Appeal that the trial judge failed to take into account evidence of Mr. Seguin's numerous and significant non-financial contributions to the family. I respectfully cannot accept this view. The trial judge specifically alluded to these contributions in her reasons. Moreover, by confining the period of

adoptée par la juge de première instance était raisonnable dans les circonstances, mais je souligne qu'il ne s'agit pas nécessairement d'un modèle à suivre. Selon les principes juridiques que j'ai exposés, il y a peut-être de nombreuses façons de quantifier raisonnablement une indemnité. Je préfère ne pas faire d'autres commentaires généraux sur le processus de quantification dans le contexte du présent pourvoi, sauf celui-ci. Dans la mesure où les bons principes juridiques sont appliqués, et que les conclusions de fait ne sont pas entachées d'une erreur manifeste et déterminante, la cour d'appel doit faire preuve d'une grande retenue envers l'appréciation des dommages-intérêts par un juge de première instance : voir, par exemple, *Nance c. British Columbia Electric Railway Co.*, [1951] A.C. 601 (C.P.). Il convient de faire preuve de la même retenue envers le jugement motivé et minutieux du juge de première instance quant à l'indemnité pécuniaire appropriée pour corriger un enrichissement injustifié. Il me faut aborder deux derniers points précis.

[159] Monsieur Seguin prétend, très brièvement, qu'une application juste de la méthode fondée sur la « valeur accumulée » commanderait que l'on fasse une analyse attentive afin de déterminer la valeur des contributions des tiers à la croissance de Fastlane pendant la période où il avait réduit ses propres contributions, à la suite de ce que l'avocat appelle les « exigences » de M<sup>me</sup> Vanasse, qui voulait qu'il diminue ses heures de travail et qu'ils retournent à Ottawa. Cet argument postule qu'il n'avait pas à partager l'argent provenant de la vente avec M<sup>me</sup> Vanasse. Je ne peux pas accepter ce postulat. La raison pour laquelle il a reçu plus que sa part à la vente de l'entreprise ou pour laquelle, ayant reçu plus qu'il ne le devait, M<sup>me</sup> Vanasse n'a toujours pas droit à une part équitable de ce qu'il a reçu, demeure inexplicable.

[160] Aussi, il y a la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la juge de première instance n'a pas pris en considération la preuve des nombreuses et importantes contributions non financières de M. Seguin au bien-être de la famille. Avec égards, je ne peux pas souscrire à cette conclusion. La juge de première instance a expressément mentionné ces

unjust enrichment to the three and one-half year period, the trial judge took into account the periods during which Ms. Vanasse's contributions were not disproportionate to Mr. Seguin's. In my view, the trial judge took a realistic and practical view of the evidence before her and gave sufficient consideration to Mr. Seguin's contributions.

#### D. *Disposition*

[161] I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal, and restore the order of the trial judge. The appellant should have her costs throughout.

### V. The Kerr Appeal

#### A. *Introduction*

[162] When their common law relationship of more than 25 years ended, Ms. Kerr sued her former partner, Mr. Baranow, advancing claims for unjust enrichment, resulting trust, and spousal support. Mr. Baranow counterclaimed that Ms. Kerr had been unjustly enriched by his housekeeping services provided between 1991 and 2006, and by his early retirement in order to provide her personal assistance. The trial judge awarded Ms. Kerr \$315,000, holding that she was entitled to this amount both by way of resulting trust (to reflect her contribution to the acquisition of property) and by way of remedial constructive trust (as a remedy for her successful claim in unjust enrichment). He also awarded Ms. Kerr \$1,739 per month in spousal support effective the date she commenced proceedings. Although the trial judge rejected Mr. Baranow's assertion that Ms. Kerr had been unjustly enriched at his expense, the reasons for judgment and the order after trial do not otherwise address Mr. Baranow's counterclaim.

contributions dans ses motifs. En outre, en limitant la période d'enrichissement injustifié à une période de trois ans et demi, la juge de première instance a tenu compte des périodes pendant lesquelles les contributions de M<sup>me</sup> Vanasse n'étaient pas disproportionnées par rapport à celles de M. Seguin. À mon avis, la juge de première instance s'est prononcée de manière réaliste et pratique quant à la preuve dont elle disposait et a suffisamment tenu compte des contributions de M. Seguin.

#### D. *Dispositif*

[161] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance de la juge de première instance. L'appelante a droit à ses dépens dans toutes les cours.

### V. Le pourvoi Kerr

#### A. *Introduction*

[162] Quand leur union de fait a pris fin après plus de 25 ans, M<sup>me</sup> Kerr a intenté une action contre son ancien conjoint, M. Baranow, concluant à l'enrichissement injustifié, à l'imposition d'une fiducie résultoire et à l'octroi d'une pension alimentaire. Par une demande reconventionnelle, M. Baranow a cherché à faire reconnaître que M<sup>me</sup> Kerr s'était injustement enrichie grâce aux services d'entretien ménager qu'il lui avait rendus entre 1991 et 2006, grâce aussi à la retraite anticipée prise pour lui apporter une aide personnelle. Le juge de première instance a accordé 315 000 \$ à M<sup>me</sup> Kerr, estimant qu'elle avait droit à ce montant par application de la fiducie résultoire (pour refléter sa contribution à l'acquisition de biens) et par application de la fiducie constructive de nature réparatoire (comme réparation pour enrichissement injustifié). Il a également accordé à M<sup>me</sup> Kerr une pension alimentaire mensuelle de 1 739 \$, rétroactive à la date d'introduction de l'instance. Bien que le juge de première instance ait rejeté l'affirmation de M. Baranow selon laquelle M<sup>me</sup> Kerr s'était injustement enrichie à ses dépens, les motifs du jugement et l'ordonnance rendue n'abordent pas par ailleurs la question de la demande reconventionnelle de M. Baranow.

[163] Mr. Baranow appealed. The Court of Appeal allowed the appeal, concluding that Ms. Kerr's claims for a resulting trust and in unjust enrichment should be dismissed, that Mr. Baranow's claim for unjust enrichment should be remitted to the trial court for determination, and that the order for spousal support should be effective as of the first day of the trial, not as of the date proceedings were commenced.

[164] Ms. Kerr appeals, submitting that the Court of Appeal erred by setting aside the trial judge's findings that:

- (1) a resulting trust arose in her favour;
- (2) she had unjustly enriched Mr. Baranow; and
- (3) spousal support should begin as of the date she instituted proceedings.

[165] In my view, the Court of Appeal was right to set aside the trial judge's findings of resulting trust and unjust enrichment. It also did not err in directing that Mr. Baranow's counterclaim be returned to the Supreme Court of British Columbia for hearing. However, my view is that Ms. Kerr's unjust enrichment claim should not have been dismissed, but rather a new trial ordered. While the trial judge's errors certainly were not harmless, it is not possible to say on this record, which includes findings of fact tainted by clear error, that her unjust enrichment claim would inevitably fail if analyzed using the clarified legal framework set out above. With respect to the commencement date of the spousal support order, I would set aside the order of the Court of Appeal and restore the trial judge's order.

#### B. *Overview of the Facts*

[166] The trial judge's disposition of both the resulting trust and unjust enrichment claims

[163] Monsieur Baranow a interjeté appel. La Cour d'appel a accueilli l'appel, concluant que les demandes de M<sup>me</sup> Kerr relatives à une fiducie résultoire et un enrichissement injustifié devaient être rejetées, que la demande de M. Baranow fondée sur l'enrichissement injustifié devait être renvoyée au juge de première instance pour qu'il tranche à nouveau la question et que l'ordonnance de pension alimentaire devait rétroagir à la date du premier jour du procès, et non à la date d'introduction de l'instance.

[164] Madame Kerr fait appel de cette décision et plaide que la Cour d'appel a commis une erreur en écartant les conclusions du juge de première instance selon lesquelles :

- (1) une fiducie résultoire a été créée en sa faveur;
- (2) M. Baranow s'est injustement enrichi grâce à elle;
- (3) la pension alimentaire devait être versée à compter de la date d'introduction de l'action.

[165] À mon avis, la Cour d'appel a eu raison d'écartier les conclusions de première instance en ce qui concerne la fiducie résultoire et l'enrichissement injustifié. Elle n'a pas non plus commis d'erreur en ordonnant le renvoi de la demande reconventionnelle de M. Baranow à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Cependant, j'estime qu'au lieu de rejeter la demande de M<sup>me</sup> Kerr fondée sur l'enrichissement injustifié, la cour d'appel aurait dû ordonner la tenue d'un nouveau procès. Les erreurs du juge de première instance n'étaient certes pas inoffensives, mais il est impossible de dire au vu du dossier, qui comprend des conclusions de fait clairement erronées, que la demande fondée sur l'enrichissement injustifié était vouée à l'échec si elle avait été analysée à l'aide du cadre juridique précisé ci-dessus. En ce qui concerne la date d'exécution de l'ordonnance alimentaire, je suis d'avis d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance de première instance.

#### B. *Aperçu des faits*

[166] La conclusion du juge de première instance en ce qui concerne les allégations de fiducie

turned on his conclusion that Ms. Kerr had provided \$60,000 worth of equity and assets at the beginning of the relationship. This fact, in the trial judge's view, supported awarding her one-third of the value of the home she shared with Mr. Baranow at the time of separation. According to the trial judge, this \$60,000 of equity and assets consisted of three elements: her \$37,000 of equity in the Coleman Street home she had shared with her former husband; the value of an automobile; and the value of furniture which she brought into her relationship with Mr. Baranow. The trial judge did not make specific findings of fact about the value of either Ms. Kerr's or Mr. Baranow's non-monetary contributions to the relationship. As previously noted, while the judge rejected in a single sentence Mr. Baranow's contention that Ms. Kerr had been unjustly enriched at his expense, the judge did not explain the basis of that conclusion. Mr. Baranow's counterclaim was not otherwise addressed.

[167] The trial judge's findings of fact, of course, must be accepted unless tainted with clear and determinative error. In this case, however, the Court of Appeal's intervention on some of the judge's key findings was justified, because those findings simply were not supported by the record. I will have to delve into the facts, more than might otherwise be required, to explain why.

[168] The parties began to live together in Mr. Baranow's home on Wall Street in Vancouver in May 1981. Shortly afterward, they moved into Ms. Kerr's former matrimonial home on Coleman Street. They had met at their mutual place of work, the Port of Vancouver, where she worked as a secretary and he as a longshoreman. Ms. Kerr was in midst of a divorce. Through her separation agreement, Ms. Kerr received her husband's interest in their former matrimonial home on Coleman Street in North Vancouver, all of the furniture in the house, and a 1979 Cadillac Eldorado. However,

résultoire et d'enrichissement injustifié reposait sur le fait que M<sup>me</sup> Kerr avait fourni des capitaux et des actifs d'une valeur de 60 000 \$ au début de la relation. Ce fait, selon le juge de première instance, justifiait de lui accorder un tiers de la valeur de la maison qu'elle partageait avec M. Baranow au moment de la séparation. Selon le juge de première instance, ces capitaux et actifs de 60 000 \$ englobaient trois éléments : 37 000 \$ en valeur nette de la maison de la rue Coleman qu'elle a partagée avec son ex-époux; la valeur d'une automobile; et la valeur des meubles qu'elle possédait avant de rencontrer M. Baranow. Le juge de première instance n'a tiré aucune conclusion de fait précise à propos de la valeur des contributions non financières de M<sup>me</sup> Kerr ou de M. Baranow. Comme je l'ai déjà dit, bien que le juge ait rejeté en une seule phrase la prétention de M. Baranow voulant que M<sup>me</sup> Kerr se soit injustement enrichie à ses dépens, il n'a pas expliqué le fondement de cette conclusion. La demande reconventionnelle de M. Baranow n'a pas été considérée.

[167] Les conclusions de fait du juge de première instance doivent évidemment être acceptées à moins qu'elles ne soient entachées d'une erreur manifeste et déterminante. Cependant, en l'espèce, l'intervention de la Cour d'appel à l'égard de quelques-unes des principales conclusions du juge était justifiée parce que ces conclusions n'étaient pas étayées par le dossier. Je vais devoir étudier les faits, plus qu'il ne serait habituellement nécessaire, pour expliquer ma conclusion.

[168] Les parties ont commencé à habiter ensemble dans la maison de M. Baranow sur la rue Wall, à Vancouver, en mai 1981. Peu de temps après, ils ont déménagé dans l'ancien domicile conjugal de M<sup>me</sup> Kerr sur la rue Coleman. Ils s'étaient rencontrés au port de Vancouver, leur lieu de travail, où elle occupait un poste de secrétaire et lui, un poste de débardeur. Madame Kerr était en instance de divorce. Aux termes de l'accord de séparation, elle a reçu l'intérêt de son mari dans leur ancienne résidence familiale de la rue Coleman, à North Vancouver, tous les meubles et une Cadillac

Ms. Kerr's ex-husband owed more than \$400,000 and Ms. Kerr was guarantor of some of that debt.

[169] In the summer of 1981, the Coleman Street property was the subject of foreclosure proceedings and, according to the evidence, was about to be foreclosed on July 29, 1981. Ms. Kerr testified at trial that, at the time, she had two teenage children, was earning under \$30,000 a year, and had no money to save the house.

[170] Ms. Kerr instructed her lawyer to place the titles to the Coleman Street property and the vehicle into Mr. Baranow's name. Mr. Baranow paid \$33,000 in cash to secure the property against outstanding debts, and guaranteed a \$100,000 mortgage at a rate of 22 percent. He then began to make the mortgage payments and eventually refinanced the mortgage, together with that on his Wall Street property, and assumed that new mortgage himself.

[171] The couple lived together for the next 25 years, first in the Wall Street property, then at Coleman Street, then in a temporary apartment, and finally in their "dream home" which they constructed on Mr. Baranow's Wall Street property.

[172] While the parties lived together in the Coleman Street property (from September 1981 to December 1985), Mr. Baranow retained the \$450 per month he received by renting out his Wall Street property. The trial judge found that, although the parties kept their financial affairs separate, there was an arrangement by which Mr. Baranow would pay the property taxes and mortgage payments on both the Coleman Street and the Wall Street properties. The mortgage on both properties was paid off before July 1985. However, Mr. Baranow took out a \$32,000 mortgage on the Wall Street property in July 1985, which was paid in full by August 1988.

[173] The Coleman Street property was sold in August 1985 for \$138,000. This sale was at a considerable loss, taking into account the real estate

Eldorado 1979. Cependant, son ex-époux devait plus de 400 000 \$ et M<sup>me</sup> Kerr était garante d'une partie de cette dette.

[169] À l'été 1981, la maison de la rue Coleman faisait l'objet de procédures de forclusion et, selon la preuve, elle était sur le point d'être saisie le 29 juillet 1981. Madame Kerr a déclaré au procès que, à ce moment-là, elle avait deux adolescents, elle gagnait moins de 30 000 \$ par année et elle n'avait pas d'argent pour conserver la maison.

[170] Madame Kerr a demandé à son avocat de céder la maison et la voiture à M. Baranow, lequel a payé 33 000 \$ en argent pour protéger la maison contre les dettes impayées et a garanti un prêt hypothécaire de 100 000 \$ à un taux de 22 pour cent. Il a ensuite commencé à faire les paiements hypothécaires, plus tard, il a refinancé l'hypothèque avec celle de sa maison de la rue Wall, et il a assumé lui-même cette nouvelle hypothèque.

[171] Le couple a vécu ensemble pendant les 25 années qui ont suivi, d'abord dans la maison de la rue Wall, puis dans celle de la rue Coleman, ensuite dans un appartement temporaire et enfin dans leur « maison de rêve » qu'ils ont fait construire sur le terrain de la rue Wall appartenant à M. Baranow.

[172] Quand les parties habitaient la maison de la rue Coleman (de septembre 1981 à décembre 1985), M. Baranow conservait le revenu de 450 \$ par mois que lui procurait la location de sa maison de la rue Wall. Le juge de première instance a conclu que, bien que les parties aient toujours géré leurs finances personnelles séparément, il y avait une entente aux termes de laquelle M. Baranow payait les taxes foncières et les hypothèques des deux résidences, celle de la rue Coleman et celle de la rue Wall. Les hypothèques ont été entièrement remboursées avant juillet 1985. Cependant, M. Baranow a contracté un prêt hypothécaire de 32 000 \$ pour la maison de la rue Wall en juillet 1985, qui a été remboursé avant août 1988.

[173] La maison de la rue Coleman a été vendue en août 1985 pour un montant de 138 000 \$. Cette vente représentait une perte importante, compte

commission, the \$33,000 in cash Mr. Baranow had contributed at the time of the transfer to him, and the mortgage payments he alone had made between the transfer in the summer of 1981 and the sale in the summer of 1985.

[174] The parties moved into an apartment (from August 1985 until October 1986) while they constructed their “dream home” at the Wall Street location. The existing dwelling was torn down and replaced. Mr. Baranow spent somewhere between \$97,000 and \$105,000 on its construction, with additional amounts spent for materials, labour and permits. Ms. Kerr, the trial judge found, was involved with the planning, interior decorating and cleaning. She also planted sod, tended the flower garden, and paid for some wood paneling in the downstairs bedroom. In addition, she made contributions towards the purchase of furniture, appliances, and other chattels for the Wall Street property. Her son paid \$350 per month in rent, which Mr. Baranow retained. At one point in his reasons, the trial judge stated that Ms. Kerr paid “all of the household expenses and the insurance on the new house . . . even after the \$32,000.00 mortgage was paid off by [Mr. Baranow] in August 1988” (para. 24). However, at another point, the judge noted that Ms. Kerr paid the utilities and insurance and bought “some groceries” (para. 36). Mr. Baranow, he found, paid the property-related expenses, consisting of property taxes (less the disability benefit attributable to Ms. Kerr) and upkeep (which was minimal in the new house). The trial judge found that the current value of the Wall Street property was \$942,500, compared with \$205,000 in October of 1986. He then concluded that, given there were no mortgage payments after 1988, Ms. Kerr’s share of the expenses “was probably higher” than Mr. Baranow’s for approximately 18 years before they stopped living together.

[175] In 1991, Ms. Kerr suffered a massive stroke and cardiac arrest, leaving her paralyzed on her left side and unable to return to work. Her health steadily deteriorated, and relations between the couple became increasingly strained. Mr. Baranow took an

tenu de la commission de l’agent immobilier, du montant de 33 000 \$ payé par M. Baranow au moment du transfert, et des paiements hypothécaires qu’il a faits entre le transfert à l’été 1981 et la vente à l’été 1985.

[174] Les parties ont emménagé dans un appartement (d’août 1985 à octobre 1986) pendant la construction de leur « maison de rêve » sur la rue Wall. L’habitation existante a été démolie et remplacée. Monsieur Baranow a dépensé entre 97 000 \$ et 105 000 \$ pour la construction, plus les matériaux, la main-d’œuvre et les permis. Selon le juge de première instance, M<sup>me</sup> Kerr s’occupait de la planification, de la décoration intérieure et du nettoyage. Elle a aussi semé du gazon, entretenu le jardin de fleurs et payé du lambris pour la chambre du sous-sol. De plus, elle a contribué à l’achat des meubles, des électroménagers et d’autres effets pour la maison de la rue Wall. Son fils payait un loyer mensuel de 350 \$, montant que M. Baranow conservait. Dans un passage de ses motifs, le juge de première instance a affirmé que M<sup>me</sup> Kerr payait [TRADUCTION] « toutes les dépenses du ménage et les assurances de la nouvelle maison [. . .] même après que [M. Baranow] eût remboursé l’hypothèque de 32 000 \$ en août 1988 » (par. 24). Toutefois, ailleurs dans ses motifs, il a souligné que M<sup>me</sup> Kerr payait les services publics et l’assurance et elle faisait « parfois le marché » (par. 36). Selon lui, M. Baranow payait les dépenses liées à la propriété, soit les taxes foncières (moins la prestation d’invalidité de M<sup>me</sup> Kerr) et les frais d’entretien (qui étaient minimes dans la nouvelle maison). Le juge de première instance a conclu que la maison de la rue Wall valait 942 500 \$, comparativement à 205 000 \$ en octobre 1986. Il a ensuite conclu que, comme il n’y avait plus de paiements hypothécaires à faire après 1988, la part des dépenses de M<sup>me</sup> Kerr [TRADUCTION] « a été probablement plus élevée » que celle de M. Baranow pendant environ 18 ans, jusqu’à ce qu’ils n’habitent plus ensemble.

[175] En 1991, M<sup>me</sup> Kerr a été victime d’un grave accident vasculaire cérébral et d’un arrêt cardiaque, qui l’ont laissée paralysée du côté gauche et l’ont rendue inapte au travail. Sa santé s’est progressivement détériorée et la relation du couple est devenue

early retirement in 2002. The trial judge acknowledged that Mr. Baranow claimed to have done this to care for Ms. Kerr, but noted that early retirement was also favourable to him. The trial judge found that Mr. Baranow started to experience “caregiver fatigue” and began exploring institutional care alternatives in June 2005. The next summer, in August 2006, Ms. Kerr had to undergo surgery on her knee. After the surgery, Mr. Baranow made it clear to the hospital staff that he was not prepared to have her return home. Ms. Kerr was transferred to an extended care facility where she remained at the time of trial. The trial judge found that, in the last 18 months Ms. Kerr resided at the Wall Street property, Mr. Baranow did most of the housework and helped her with her bodily functions.

### C. *Analysis*

#### (1) The Resulting Trust Issue

[176] The trial judge found that Mr. Baranow held a one-third interest in the Wall Street property by way of resulting trust for Ms. Kerr, on three bases. The Court of Appeal found that each of these holdings was erroneous. I respectfully agree.

##### (a) *Gratuitous Transfer*

[177] The trial judge found that the transfer of the Coleman Street property to Mr. Baranow was gratuitous, therefore raising the presumption of a resulting trust in Ms. Kerr’s favour. At the time of transfer to Mr. Baranow, roughly \$133,000 was required to save the property (it was subject to a first mortgage of just under \$80,000, a second mortgage of just under \$35,000, a judgment in favour of the Bank of Montreal of just under \$12,000, and other miscellaneous debts and charges, adding up to roughly \$133,000). There was also a \$26,500 judgment in favour of CIBC, which was of concern

de plus en plus tendue. Monsieur Baranow a pris une retraite anticipée en 2002. Le juge de première instance a reconnu que M. Baranow avait dit avoir pris sa retraite pour prendre soin de M<sup>me</sup> Kerr, mais il a fait remarquer que cette retraite favorisait aussi M. Baranow. Selon le juge de première instance, M. Baranow a commencé à ressentir une certaine fatigue liée à son rôle d’aidant naturel et à chercher dès juin 2005 des solutions pour qu’elle reçoive des soins en établissement. L’été suivant, en août 2006, M<sup>me</sup> Kerr a dû subir une chirurgie du genou. Après la chirurgie, M. Baranow a clairement indiqué au personnel hospitalier qu’il n’était pas prêt à la ramener à la maison. Madame Kerr a été transférée dans un établissement de soins prolongés où elle demeurait au moment du procès. Le juge de première instance a conclu que, dans les 18 derniers mois où M<sup>me</sup> Kerr habitait la maison de la rue Wall, M. Baranow s’occupait de la majeure partie des tâches ménagères et lui prodiguait des soins personnels.

### C. *Analyse*

#### (1) La question de la fiducie résultoire

[176] S’appuyant sur trois motifs, le juge de première instance est arrivé à la conclusion que M. Baranow détenait un tiers de la valeur de la maison de la rue Wall au titre d’une fiducie résultoire pour M<sup>me</sup> Kerr. La Cour d’appel a conclu que chacun de ces motifs était erroné. Avec égards, je suis aussi de cet avis.

##### a) *Transfert à titre gratuit*

[177] Le juge de première instance a conclu que le transfert du titre de la maison de la rue Coleman à M. Baranow a été fait à titre gratuit, créant ainsi la présomption de fiducie résultoire en faveur de M<sup>me</sup> Kerr. Au moment du transfert, il fallait environ 133 000 \$ pour conserver la propriété (elle était grevée d’une première hypothèque d’un peu moins de 80 000 \$ et d’une deuxième hypothèque d’un peu moins de 35 000 \$, d’un jugement en faveur de la Banque de Montréal d’un peu moins de 12 000 \$ et d’autres dettes et charges diverses, pour une dette totale d’environ 133 000 \$). Il y avait aussi



to Ms. Kerr, although it is not listed in the payouts required to close the transfer. We know that Ms. Kerr had guaranteed some of her former husband's debts, and that she declared bankruptcy in 1983 in relation to \$15,000 of debt for which she had co-signed with her former husband.

[178] The Court of Appeal reversed the trial judge's resulting trust finding, holding that the transfer was not gratuitous. The court pointed to the contributions and liabilities undertaken by Mr. Baranow to make the transfer possible, and concluded that the trial judge's finding in this regard constituted a palpable and overriding error.

[179] On this point, I respectfully agree with the Court of Appeal. There is no dispute that Mr. Baranow injected roughly \$33,000 in cash, and guaranteed a \$100,000 mortgage, so that the property would not be lost to the bank in the foreclosure proceedings. This constituted consideration, and the transfer therefore cannot reasonably be labelled gratuitous. The respondent would have us hold otherwise on the basis of technical arguments about the lack of a precise coincidence between the time of the transfer and payments, and the lack of payment directly to Ms. Kerr because Mr. Baranow's payments were made to her creditors. These arguments have no merit. An important element of the trial judge's finding of a resulting trust was his conclusion that there was "no evidence" that Mr. Baranow's payment of \$33,000 in cash and his guarantee of the \$100,000 mortgage "were in connection with the transfer or part of an agreement between the parties so as to constitute consideration for the transfer" (para. 76). Putting to one side for the moment whether this finding reflects a correct understanding of a gratuitous transfer, the judge clearly erred in making this statement; there was in fact much evidence to that precise effect. Mr. Baranow testified that Ms. Kerr had "tearfully asked" Mr. Baranow for help to save the property from the creditors. Ms. Kerr's solicitor recorded in his reporting letter that Ms. Kerr felt she had little choice but to convey the property to Mr. Baranow

un jugement de 26 500 \$ en faveur de la CIBC, qui préoccupait M<sup>me</sup> Kerr, bien qu'il ne figure pas dans la liste des paiements à faire pour conclure le transfert. Nous savons que M<sup>me</sup> Kerr était garante d'une partie des dettes de son ex-époux et qu'elle a fait faillite en 1983 relativement à une dette de 15 000 \$ dont elle était cosignataire avec son ex-époux.

[178] La Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance à propos de la fiducie résultoire, concluant que le transfert n'a pas été fait à titre gratuit. Elle a signalé les contributions et les responsabilités assumées par M. Baranow pour rendre le transfert possible, et a statué que la conclusion du juge de première instance à cet égard constituait une erreur manifeste et dominante.

[179] À cet égard, je partage l'opinion de la Cour d'appel. Nul ne conteste que M. Baranow a investi environ 33 000 \$ en argent et a garanti un prêt hypothécaire de 100 000 \$ pour éviter la saisie de la propriété par la banque. Cela constituait une contrepartie, et le transfert ne peut donc pas être raisonnablement considéré comme étant à titre gratuit. Selon l'intimé, il faudrait conclure le contraire en se fondant sur des arguments techniques à propos de l'absence de coïncidence précise entre le moment du transfert et des paiements et le fait que ceux-ci n'ont pas été faits directement à M<sup>me</sup> Kerr, M. Baranow les ayant versés à ses créanciers. Ces arguments sont dénués de fondement. Un élément important de la conclusion du juge de première instance en ce qui a trait à l'existence d'une fiducie résultoire était le fait qu'il n'existait [TRADUCTION] « aucune preuve » selon laquelle le paiement en argent de 33 000 \$ effectué par M. Baranow et sa garantie de l'hypothèque de 100 000 \$ « étaient liés au transfert ou faisaient partie d'une entente entre les parties de sorte qu'ils constituaient une contrepartie au transfert » (par. 76). Si l'on fait abstraction pour le moment de la question de savoir si cette conclusion reflète bien la notion de transfert à titre gratuit, cette affirmation du juge est clairement erronée; il existait en effet de nombreux éléments de preuve en ce sens. Monsieur Baranow a affirmé que M<sup>me</sup> Kerr lui avait [TRADUCTION] « demandé

“faced with the large outstanding debts of [her] husband which include[d] a Judgment taken by C.I.B.C. for a debt outstanding in the amount of \$26,500.00”. At trial, Ms. Kerr was asked whether she had requested Mr. Baranow to save the house; she responded, “I guess so.” Thus, contrary to the judge’s finding, there was in fact considerable evidence that Mr. Baranow’s paying off of the debts and guaranteeing the mortgage were in connection with the transfer of the property to him. This evidence shows that he accepted the transfer and assumed the financial obligations at Ms. Kerr’s request, and in order to further her purpose of preventing the creditors from foreclosing on the property.

[180] The Court of Appeal was correct to intervene on this point and conclude that the transfer was not gratuitous. The trial judge’s imposition of a resulting trust on one-third of the Wall Street property on this basis accordingly cannot be sustained.

(b) *Ms. Kerr’s Contributions*

[181] The trial judge also based his finding of resulting trust on Ms. Kerr’s financial and other contributions to the acquisition of the new home on the Wall Street property. He found Ms. Kerr had contributed a total of \$60,000: \$37,000 in equity from the transfer of the Coleman Street property to Mr. Baranow; \$20,000 for the value of the Cadillac also transferred to Mr. Baranow; and \$3,000 for the furniture in the Coleman Street property. In addition, the trial judge noted that, in obtaining the legal title of Coleman, Mr. Baranow was able to “re-mortgage both properties for \$116,000.00 and apply the \$16,000.00 toward the acquisition of the Wall Street Property” (para. 82). Furthermore, Mr. Baranow would not have been able to pay off the mortgages with the same efficiency but for Ms. Kerr’s contributions to household expenses. However, the trial judge did not attach any value to these last two matters in his determination of the

en pleurant » de l’aider à protéger la propriété des créanciers. L’avocat de M<sup>me</sup> Kerr a noté dans sa lettre-rapport qu’elle avait l’impression de n’avoir d’autre choix que de céder la maison à M. Baranow [TRADUCTION] « compte tenu des lourdes dettes de [son] mari qui inclu[aient] un jugement en faveur de la CIBC pour une dette de 26 500 \$ ». Au procès, on a demandé à M<sup>me</sup> Kerr si elle avait demandé à M. Baranow de sauver la maison et elle a répondu : [TRADUCTION] « Je suppose. » Ainsi, contrairement à la conclusion du juge, de nombreux éléments de preuve indiquaient que M. Baranow avait remboursé les dettes et garanti l’hypothèque parce que la maison lui avait été transférée. La preuve montre qu’il a accepté le transfert et assumé les obligations financières à la demande de M<sup>me</sup> Kerr, et aussi dans le but d’éviter que les créanciers saisissent la propriété.

[180] La Cour d’appel a eu raison d’intervenir sur ce point et de conclure que le transfert n’avait pas été fait à titre gratuit. L’imposition, par le juge de première instance, d’une fiducie résultoire sur le tiers de la valeur de la maison de la rue Wall pour cette raison ne peut donc être maintenue.

b) *Les contributions de M<sup>me</sup> Kerr*

[181] Le juge de première instance a aussi fondé sa conclusion relative à l’existence d’une fiducie résultoire sur les contributions financières et non financières de M<sup>me</sup> Kerr à l’acquisition de la nouvelle maison sur la rue Wall. Selon lui, M<sup>me</sup> Kerr avait versé un total de 60 000 \$ : 37 000 \$ en valeur nette provenant du transfert de la résidence de la rue Coleman à M. Baranow; une Cadillac d’une valeur de 20 000 \$ aussi transférée à M. Baranow; et des meubles de la maison de la rue Coleman d’une valeur de 3 000 \$. De plus, le juge de première instance a fait remarquer que, en obtenant le titre légal de la maison de la rue Coleman, M. Baranow était en mesure de [TRADUCTION] « réhypothéquer les deux propriétés pour une valeur de 116 000 \$ et d’utiliser 16 000 \$ pour acquérir la maison de la rue Wall » (par. 82). En outre, M. Baranow n’aurait pas pu rembourser les prêts hypothécaires aussi diligemment sans les contributions de M<sup>me</sup> Kerr

extent of the resulting trust which he imposed on the Wall Street property.

[182] The Court of Appeal reversed this finding as not being supported by the record. The court noted that Ms. Kerr did not have \$37,000 in equity in the Coleman Street property when Mr. Baranow took title, Mr. Baranow did not receive any beneficial interest in the vehicle, and there was no evidence of the value of the furnishings.

[183] I agree with the Court of Appeal's disposition of this issue. As it pointed out, the evidence showed that, in addition to Mr. Baranow paying cash and guaranteeing a mortgage, he paid the monthly mortgage payments, taxes and upkeep expenses on the Coleman property until it was sold in 1985 for \$138,000 (less real estate commission). Mr. Baranow received no beneficial interest in the vehicle and the judge made no finding about the value of the furnishings. There was not, in any meaningful sense of the word, any equity in the Coleman property for Ms. Kerr to contribute to the acquisition or improvement of the Wall Street property. I would affirm the conclusion of the Court of Appeal on this point.

(c) *Common Intention Resulting Trust*

[184] The trial judge also appears to have based his conclusions about the resulting trust on his finding of a common intention on the part of Ms. Kerr and Mr. Baranow to share in the Wall Street property. For the reasons I have given earlier, the "common intention" resulting trust has no further role to play in the resolution of disputes such as this one. I would hold that a resulting trust should not have been imposed on the Wall Street property on the basis of a finding of common intention between these parties.

aux dépenses du ménage. Cependant, le juge de première instance n'a attribué aucune valeur à ces deux derniers points dans sa décision quant à la portée de la fiducie résultoire qu'il a imposée relativement à la maison de la rue Wall.

[182] La Cour d'appel a écarté cette conclusion au motif qu'elle n'était pas étayée par le dossier. Elle a fait remarquer que M<sup>me</sup> Kerr ne détenait pas 37 000 \$ en valeur nette de la maison de la rue Coleman au moment où M. Baranow en a acquis le titre, que M. Baranow n'a reçu aucun intérêt bénéficiaire dans le véhicule et qu'il n'y avait aucune preuve de la valeur des meubles.

[183] Je souscris à la façon dont la Cour d'appel a tranché ce point. Comme elle l'a souligné, la preuve démontrait que, outre le fait que M. Baranow a payé en argent et garanti une hypothèque, il a versé les paiements hypothécaires mensuels, a payé les taxes et les frais d'entretien de la maison de la rue Coleman jusqu'à ce qu'elle soit vendue en 1985 pour un montant de 138 000 \$ (moins la commission de l'agent immobilier). Monsieur Baranow n'a reçu aucun intérêt bénéficiaire dans le véhicule et le juge ne s'est pas prononcé sur la valeur des meubles. En réalité, M<sup>me</sup> Kerr n'a retiré de la maison de la rue Coleman aucune valeur nette lui permettant de contribuer à l'acquisition ou à l'amélioration de la maison de la rue Wall. Je suis d'avis de confirmer la conclusion de la Cour d'appel sur ce point.

c) *Fiducie résultoire fondée sur l'intention commune*

[184] Le juge de première instance semble aussi avoir fondé ses conclusions relatives à la fiducie résultoire sur l'existence d'une intention commune, de la part de M<sup>me</sup> Kerr et de M. Baranow, de partager la propriété de la rue Wall. Pour les motifs que j'ai déjà exposés, la fiducie résultoire fondée sur « l'intention commune » n'a plus aucun rôle à jouer dans le règlement d'un litige tel que celui-ci. J'estime qu'une fiducie résultoire n'aurait pas dû être imposée à l'égard de la propriété de la rue Wall sur la base de l'intention commune des parties.

(d) *Conclusion With Respect to Resulting Trust*

[185] In my view the Court of Appeal was correct to set aside the trial judge's conclusions with respect to the resulting trust issues.

(2) Unjust Enrichment

[186] The trial judge also found that Mr. Baranow had been unjustly enriched by Ms. Kerr to the extent of \$315,000, the value of the one-third interest in the Wall Street property determined during the resulting trust analysis. The judge found that Ms. Kerr had provided the following benefits to Mr. Baranow:

- a. \$37,000 equity in the Coleman Street property;
- b. the automobile;
- c. the furnishings;
- d. \$16,000 in refinancing permitted by the Coleman transfer and applied to the Wall Street property;
- e. \$22,000 gained on the resale of the Coleman Street property;
- f. household expenses and insurance paid on both properties;
- g. spousal services such as housework, entertaining guests and preparing meals until Ms. Kerr's disability made it impossible to continue;
- h. assistance with planning and decoration of the Wall Street house;
- i. financial contributions towards the purchase of chattels for the new home;
- j. a disability tax exemption;

d) *Conclusion relative à la fiducie résultoire*

[185] À mon avis, la Cour d'appel a eu raison d'écartier les conclusions du juge de première instance à l'égard des questions relatives à la fiducie résultoire.

(2) Enrichissement injustifié

[186] Le juge de première instance a aussi conclu que M. Baranow s'était injustement enrichi de 315 000 \$ grâce à M<sup>me</sup> Kerr, soit un tiers de la valeur de la maison de la rue Wall déterminée dans le cadre de l'analyse concernant la fiducie résultoire. Il était d'avis que M<sup>me</sup> Kerr avait apporté les avantages suivants à M. Baranow :

- a. une valeur nette de 37 000 \$ dans la maison de la rue Coleman;
- b. l'automobile;
- c. les meubles;
- d. 16 000 \$ au titre du refinancement provenant du transfert de la maison de la rue Coleman et utilisés pour l'acquisition de la maison de la rue Wall;
- e. 22 000 \$ tirés de la revente de la maison de la rue Coleman;
- f. les dépenses ménagères et les assurances liées aux deux résidences;
- g. des services tels que les tâches ménagères, accueillir des invités et préparer les repas jusqu'à ce que l'invalidité de M<sup>me</sup> Kerr l'empêche de continuer;
- h. l'aide à la planification et à la décoration de la maison de la rue Wall;
- i. les contributions financières à l'achat de biens pour la nouvelle maison;
- j. une exemption d'impôt pour personnes handicapées;

k. approximately five years' worth of rental income from Ms. Kerr's son.

[187] Turning to the element of corresponding deprivation, the trial judge noted that it was "unlikely" that Ms. Kerr had given up any career or educational opportunities over the course of the relationship. Furthermore, her income remained unchanged, even following her stroke, due to her receipt of disability pensions and other benefits. The judge found that she had lived rent-free for the entire relationship. He concluded, however, that she had suffered a deprivation because, had she not contributed her equity in the Coleman Street property, it was "reasonable to infer that she would have used it to purchase an asset in her own name, invest for her own benefit, use it for some personal interest, or otherwise avail herself of beneficial financial opportunity": para. 92. He also concluded, without elaboration, that the benefits that she received from the relationship did not overtake her contributions.

[188] The Court of Appeal set aside the trial judge's finding of unjust enrichment. It found that Mr. Baranow's direct and indirect contributions, by which Ms. Kerr was enriched and for which he was not compensated, constituted a juristic reason for any enrichment which he experienced at her expense. The court found that, for reasons mentioned earlier, there was no \$60,000 contribution by Ms. Kerr and therefore her claim rested on her indirect contributions. The court also concluded that the trial judge's analysis failed to assess the extent of Mr. Baranow's direct and indirect contributions to Ms. Kerr, including: his payment of accommodation expenses for the duration of the relationship; his contribution to the purchase price of the van which Ms. Kerr still possesses; her receipt of almost half of his lifetime amount of union medical benefits, used to pay for her health care expenses; his taking early retirement with a reduced monthly pension to care for Ms. Kerr; and his provision of extensive personal caregiver and domestic services without compensation. Moreover, in the Court of Appeal's view, the trial judge had failed to note that Mr. Baranow's payment of her living expenses

k. l'équivalent du revenu de location du fils de M<sup>me</sup> Kerr durant environ cinq ans.

[187] En ce qui concerne l'appauvrissement correspondant, le juge de première instance a souligné qu'il était [TRADUCTION] « peu probable » que M<sup>me</sup> Kerr ait renoncé à une carrière ou à des possibilités de s'instruire pendant sa relation. De plus, son revenu est resté inchangé, même après son accident vasculaire cérébral, parce qu'elle touchait des prestations d'invalidité et d'autres avantages. Selon le juge, elle n'a pas eu à payer de loyer pendant toute la durée de la relation. Il est toutefois arrivé à la conclusion qu'elle avait subi un appauvrissement parce que, si elle n'avait pas investi la valeur nette de la maison de la rue Coleman, il était [TRADUCTION] « raisonnable d'inférer qu'elle l'aurait utilisée pour acheter un bien à son propre nom, investir pour elle-même, nourrir un intérêt personnel, ou autrement profiter d'une belle occasion d'affaires » : par. 92. Il a aussi conclu, sans plus d'explications, que les avantages qu'elle a tirés de la relation n'ont pas dépassé ses contributions.

[188] La Cour d'appel a écarté la conclusion du juge de première instance en ce qui concerne l'enrichissement injustifié. Elle a conclu que les contributions directes et indirectes de M. Baranow, grâce auxquelles M<sup>me</sup> Kerr s'est enrichie et pour lesquelles il n'a pas été compensé, constituaient un motif juridique justifiant l'enrichissement, le cas échéant, de M. Baranow au détriment de M<sup>me</sup> Kerr. Selon la Cour d'appel, pour les motifs exposés ci-dessus, M<sup>me</sup> Kerr n'a pas versé une contribution de 60 000 \$ et, par conséquent, sa demande reposait sur ses contributions indirectes. Toujours selon la Cour d'appel, le juge de première instance n'a pas évalué l'étendue des contributions directes et indirectes versées par M. Baranow à M<sup>me</sup> Kerr, y compris : les frais d'hébergement qu'il a payés pendant toute la durée de la relation; sa contribution à l'acquisition de la fourgonnette que M<sup>me</sup> Kerr possède toujours; le fait qu'elle a bénéficié de près de la moitié de son régime viager d'assurance-maladie des employés, pour payer ses soins de santé; le fait qu'il ait pris une retraite anticipée avec une prestation mensuelle réduite pour prendre soin de M<sup>me</sup> Kerr; et le fait qu'il ait fourni d'importants services de soins personnels

permitted her to save about \$272,000 over the course of the relationship.

[189] The appellant challenges the Court of Appeal's decision on two bases. First, she argues that the court improperly interfered with the trial judge's finding of fact with respect to Ms. Kerr's \$60,000 contribution to the relationship. Second, she submits that the court improperly considered the question of mutual benefits through the lens of juristic reason, and that this resulted in the court failing to consider globally who had been enriched and who deprived. Ms. Kerr's submission on this latter point is that consideration of mutual benefit conferral should occur during the first two steps of the unjust enrichment analysis: enrichment and corresponding deprivation. Once that has been established, she argues that the legitimate expectations of the parties may be considered as part of the analysis of whether there was a juristic reason for the enrichment. The main point is that, in the appellant's submission, it was open to the trial judge to conclude that the parties' legitimate expectation was that they would accumulate wealth in proportion to their respective incomes; without a share of the value of the real property acquired during the relationship, that reasonable expectation cannot be realized.

[190] More fundamentally, the appellant urges the Court to adopt what she calls the "family property approach" to unjust enrichment. In essence, the appellant submits that her contributions gave rise to a reasonable expectation that she would have an equitable share of the assets acquired during the relationship.

[191] I will deal with these submissions in turn.

(a) *Findings of Fact Regarding the \$60,000 Contribution*

[192] As noted earlier, the Court of Appeal was right to set aside the trial judge's conclusion that the

et des services domestiques sans compensation. De plus, la Cour d'appel est d'avis que le juge de première instance n'a pas pris en considération que le fait que M. Baranow a payé les frais de subsistance de M<sup>me</sup> Kerr a permis à cette dernière d'économiser environ 272 000 \$ au cours de la relation.

[189] L'appelante conteste la décision de la Cour d'appel pour deux raisons. Premièrement, elle soutient que la Cour d'appel a eu tort de modifier la conclusion de fait du juge de première instance relativement à sa contribution de 60 000 \$. Deuxièmement, elle prétend que la Cour d'appel a eu tort d'examiner la question des avantages réciproques en fonction du motif juridique, et qu'elle n'a donc pas cherché à savoir globalement qui s'est enrichi et qui s'est appauvri. Sur ce dernier point selon M<sup>me</sup> Kerr, il faudrait procéder à l'examen des avantages réciproques aux deux premières étapes de l'analyse de la question de l'enrichissement injustifié : l'enrichissement et l'appauvrissement correspondant. Une fois cette preuve faite, elle prétend que les attentes légitimes des parties peuvent être prises en considération dans le cadre de l'analyse de la question de savoir s'il y avait un motif juridique de l'enrichissement. L'essentiel, selon l'argument de l'appelante, est que le juge de première instance pouvait donc conclure que les parties s'attendaient légitimement à accumuler une richesse proportionnelle à leur revenu respectif; sans une part de la valeur de l'immeuble acquis pendant la relation, cette attente raisonnable ne peut se réaliser.

[190] Plus fondamentalement, l'appelante exhorte la Cour à adopter ce qu'elle appelle la « méthode fondée sur l'avoir familial » en matière d'enrichissement injustifié. Essentiellement, elle prétend que ses contributions lui permettaient de s'attendre raisonnablement à recevoir une part équitable des biens acquis pendant la relation.

[191] Je vais examiner chacune de ces prétentions.

a) *Conclusions de fait quant à la contribution de 60 000 \$*

[192] Comme je l'ai déjà mentionné, la Cour d'appel avait raison d'écarter la conclusion du

appellant had contributed \$60,000 to the couple's assets. There was, in no realistic sense of the word, any "equity" to contribute from the Coleman Street property to acquisition of the new Wall Street "dream home". Furthermore, the appellant retained the beneficial use of the motor vehicle, and there was no satisfactory evidence of the value of the furniture. The judge's findings on this point were the product of clear and determinative error.

(b) *Analysis of Offsetting Enrichments*

[193] On this issue, I cannot accept the conclusions of either the trial judge or the Court of Appeal. As noted, in his determination of the extent of Ms. Kerr's unjust enrichment, the trial judge largely ignored Mr. Baranow's contributions. However, for the reasons I have developed earlier, the Court of Appeal erred in assessing Mr. Baranow's contributions as part of the juristic reason analysis; this analysis prematurely truncated Ms. Kerr's *prima facie* case of unjust enrichment. I have set out the correct approach to this issue earlier in my reasons. As, in my view, there must be a new trial of both Ms. Kerr's unjust enrichment claim and Mr. Baranow's counterclaim, it is not necessary to say anything further. The principles set out above must accordingly be applied at the new trial of these issues.

(c) *The "Family Property Approach"*

[194] I turn finally to Ms. Kerr's more general point that her claim should be assessed using a "family property approach". As set out earlier in my reasons, for Ms. Kerr to show an entitlement to a proportionate share of the wealth accumulated during the relationship, she must establish that Mr. Baranow has been unjustly enriched at her expense, that their relationship constituted a joint family venture, and that her contributions are linked to the generation of wealth during the relationship.

juge de première instance selon laquelle l'appelante avait contribué à l'actif du couple pour une valeur de 60 000 \$. De façon réaliste, il n'y avait aucune « valeur nette » provenant de la maison de la rue Coleman qui pouvait servir à l'acquisition de la nouvelle « maison de rêve » de la rue Wall. De plus, l'appelante a conservé l'usage bénéficiaire du véhicule et il n'y avait aucune preuve valable de la valeur des meubles. Les conclusions du juge sur ce point résultaient d'une erreur claire et déterminante.

b) *Analyse des enrichissements compensatoires*

[193] Sur ce point, je ne peux pas accepter les conclusions du juge de première instance ni celles de la Cour d'appel. Je le répète, dans sa décision au sujet de l'enrichissement injustifié de M<sup>me</sup> Kerr, le juge de première instance n'a guère tenu compte des contributions de M. Baranow. Cependant, pour les raisons exposées précédemment, la Cour d'appel a commis une erreur en évaluant les contributions de M. Baranow dans le cadre de l'analyse du motif juridique; cette analyse a prématurément tronqué la preuve *prima facie* d'enrichissement injustifié de M<sup>me</sup> Kerr. J'ai énoncé précédemment dans mes motifs la façon dont il convient d'aborder cette question. Comme j'estime qu'un nouveau procès doit être tenu relativement à l'allégation d'enrichissement injustifié de M<sup>me</sup> Kerr et à la demande reconventionnelle de M. Baranow, il n'est pas nécessaire d'en dire plus. Les principes énoncés ci-dessus doivent donc s'appliquer lors du nouveau procès sur cette question.

c) *La « méthode fondée sur l'avoir familial »*

[194] J'aborde enfin l'argument de nature plus générale de M<sup>me</sup> Kerr selon lequel il faudrait évaluer sa demande suivant une « méthode fondée sur l'avoir familial ». Comme je l'ai déjà dit, pour démontrer qu'elle a droit à une part proportionnelle de la richesse accumulée pendant la relation, M<sup>me</sup> Kerr doit établir que M. Baranow s'est injustement enrichi à ses dépens, que leur relation constituait une coentreprise familiale et que ses contributions sont liées à l'accumulation de la richesse pendant

She would then have to show what proportion of the jointly accumulated wealth reflects her contributions. Of course, this clarified template was not available to the trial judge or to the Court of Appeal. However, these requirements are quite different than those advanced by the appellant and accordingly her “family property approach” must be rejected.

(d) *Disposition of the Unjust Enrichment Appeal*

[195] I conclude that the findings of the trial judge in relation to unjust enrichment cannot stand. The next question is whether, as the Court of Appeal decided, Ms. Kerr’s claim for unjust enrichment should be dismissed or whether it ought to be returned for a new trial. With reluctance, I have concluded the latter course is the more just one in all of the circumstances.

[196] The first consideration in support of a new trial is that the Court of Appeal directed a hearing of Mr. Baranow’s counterclaim. Given that the trial judge unfortunately did not address that claim in any meaningful way, the Court of Appeal’s order that it be heard and decided is unimpeachable. There was evidence that Mr. Baranow made very significant contributions to Ms. Kerr’s welfare such that his counterclaim cannot simply be dismissed. As I noted earlier, the trial judge also referred to various other monetary and non-monetary contributions which Ms. Kerr made to the couple’s welfare and comfort, but he did not evaluate them, let alone compare them with the contributions made by Mr. Baranow. In these circumstances, trying the counterclaim separately from Ms. Kerr’s claim would be an artificial and potentially unfair way of proceeding.

[197] More fundamentally, Ms. Kerr’s claim was not presented, defended or considered by the courts below pursuant to the joint family venture analysis that I have set out. Even assuming that Ms. Kerr

la relation. Elle devrait ensuite démontrer quelle proportion de la richesse accumulée conjointement correspond à ses contributions. Bien sûr, le juge de première instance et la Cour d’appel n’avaient pas accès à ce modèle clarifié. Cependant, ces exigences sont bien différentes de celles avancées par l’appelante, de sorte que sa « méthode fondée sur l’avoir familial » doit être rejetée.

d) *Décision sur la question de l’enrichissement injustifié*

[195] Je conclus que les conclusions du juge de première instance en matière d’enrichissement injustifié ne peuvent être maintenues. La question suivante est de savoir si, comme l’a jugé la Cour d’appel, il convient de rejeter la demande de M<sup>me</sup> Kerr fondée sur l’enrichissement injustifié ou de la renvoyer pour qu’elle fasse l’objet d’un nouveau procès. Bien qu’à contrecœur, j’estime que la dernière option est la plus équitable dans les circonstances.

[196] La première considération à l’appui d’un nouveau procès est que la Cour d’appel a ordonné l’audition de la demande reconventionnelle de M. Baranow. Comme le juge de première instance n’a malheureusement pas examiné cette demande de manière significative, l’ordonnance de la Cour d’appel sur ce point est inattaquable. Certains éléments de preuve indiquaient que M. Baranow a contribué de façon importante au bien-être de M<sup>me</sup> Kerr de sorte que sa demande reconventionnelle ne peut simplement pas être rejetée. Comme je l’ai déjà dit, le juge de première instance a aussi mentionné diverses autres contributions financières et non financières apportées par M<sup>me</sup> Kerr au bien-être et au confort du couple, mais il ne les a pas évaluées et les a encore moins comparées à celles de M. Baranow. Dans ces circonstances, il serait artificiel et potentiellement injuste d’entendre la demande reconventionnelle de M. Baranow séparément de celle de M<sup>me</sup> Kerr.

[197] Fondamentalement, la demande de M<sup>me</sup> Kerr n’a pas été présentée, défendue ni examinée par les tribunaux d’instance inférieure suivant la méthode d’analyse de la coentreprise familiale que



made out her claim in unjust enrichment, it is not possible to fairly apply the joint family venture approach to this case on appeal, using the record available to this Court. There are few findings of fact relevant to the key question of whether the parties' relationship constituted a joint family venture. Moreover, even if one were persuaded that the evidence permitted resolution of the joint family venture issue, the record is unsatisfactory for deciding whether Ms. Kerr's contributions to a joint family venture were linked to the accumulation of wealth and, if so, in what proportion. The trial judge found that her payment of household expenses and insurance payments, along with the "proceeds" from the Coleman Street property, allowed Mr. Baranow to pay off the \$116,000 mortgage on both properties before July 1985. There is, thus, a finding that her contributions were linked to the accumulation of wealth, given that the Wall Street property was valued at \$942,500 at the time of trial. However, as the judge's findings with respect to Ms. Kerr's equity in the Coleman Street property cannot stand, this conclusion is considerably undermined. For much the same reason, there is no possibility on this record of evaluating the proportionate contributions to a joint family venture. In short, to attempt to resolve Ms. Kerr's unjust enrichment claim on its merits, using the record before this Court, involves too much uncertainty and risks injustice.

[198] In this respect, the *Kerr* appeal is in marked contrast to the *Vanasse* appeal. There, an unjust enrichment was conceded and the trial judge's findings of fact closely correspond to the analytical approach I have proposed. In the present appeal, while the findings made do not appear to demonstrate a joint family venture or a concomitant link to accumulated wealth, it would be unfair to reach that conclusion without giving an opportunity to the parties to present their evidence and arguments in light of the approach set out in these reasons.

j'ai exposée. Même si l'on suppose que M<sup>me</sup> Kerr a établi le bien-fondé de sa demande relative à l'enrichissement injustifié, il est impossible en l'espèce d'appliquer équitablement cette méthode d'analyse sur la base du dossier soumis à notre Cour. Peu de conclusions de fait sont pertinentes en ce qui concerne la question clé de savoir si la relation des parties constituait une coentreprise familiale. De plus, même si l'on était convaincu que la preuve permettrait de trancher la question de la coentreprise familiale, le dossier ne permet pas de décider si les contributions de M<sup>me</sup> Kerr à une coentreprise familiale étaient liées à l'accumulation de la richesse et, le cas échéant, dans quelle proportion. Le juge de première instance a estimé que le fait qu'elle ait payé les dépenses du ménage et les assurances, en plus du « produit » tiré de la maison de la rue Coleman, ont permis à M. Baranow de rembourser le prêt hypothécaire de 116 000 \$ sur les deux maisons avant juillet 1985. On peut donc dire que ses contributions étaient liées à l'accumulation de la richesse étant donné que la maison de la rue Wall était évaluée à 942 500 \$ au moment du procès. Cependant, comme les conclusions du juge relatives à la valeur nette que possédait M<sup>me</sup> Kerr dans la maison de la rue Coleman ne peuvent être maintenues, cette conclusion est considérablement minée. Pour à peu près les mêmes raisons, il est impossible au vu du dossier d'évaluer les contributions proportionnelles apportées à la coentreprise familiale. Bref, tenter de trancher sur le fond la demande de M<sup>me</sup> Kerr fondée sur l'enrichissement injustifié, sur la base du dossier soumis à la Cour, présente trop d'aléas et des risques d'injustice.

[198] À cet égard, le pourvoi *Kerr* diffère nettement du pourvoi *Vanasse*. Dans *Vanasse*, un enrichissement injustifié a été admis et les conclusions de fait de la juge de première instance correspondent étroitement à la méthode d'analyse que j'ai proposée. Dans *Kerr*, bien que les conclusions ne semblent pas établir l'existence d'une coentreprise familiale ou un lien concomitant avec la richesse accumulée, il serait injuste d'arriver à cette conclusion sans donner aux parties la possibilité de présenter leur preuve et leurs arguments selon la méthode énoncée dans les présents motifs.

[199] Reluctantly, therefore, I would order a new trial of Ms. Kerr's unjust enrichment claim, as well as affirm the Court of Appeal's order for a hearing of Mr. Baranow's counterclaim.

(3) Effective Date of Spousal Support

[200] The final issue is whether, as the Court of Appeal held, the trial judge erred in making his order for spousal support in favour of Ms. Kerr effective on the date she had commenced proceedings rather than on the first day of trial. In my respectful view, the Court of Appeal erred in its application of the relevant factors and ought not to have set aside the trial judge's order.

[201] The trial judge found that the appellant's income in 2006 was \$28,787 and the respondent's income was \$70,520, on the basis of their respective income tax returns. He then applied the Spousal Support Advisory Guidelines ("SSAG") to arrive at a range of \$1,304 to \$1,739 per month. He settled on an amount at the higher end of that range in order to assist Ms. Kerr in pursuing a private bed while waiting for a subsidized bed in a suitable facility closer to her family.

[202] The Court of Appeal agreed with the trial judge that Ms. Kerr was entitled to an award of spousal support given the length of the parties' relationship, her age, her fixed and limited income and her significant disability; she was entitled to a spousal support award that would permit her to live at a lifestyle that is closer to that which the parties enjoyed when they were together; and that the judge had properly determined the quantum of support. The Court of Appeal concluded, however, that the trial judge had erred in ordering support effective

[199] Ainsi, bien qu'à regret, je suis d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement à la demande de M<sup>me</sup> Kerr fondée sur l'enrichissement injustifié et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel prescrivant une audition de la demande reconventionnelle de M. Baranow.

(3) Date de prise d'effet de l'ordonnance alimentaire pour époux

[200] La dernière question est celle de savoir, comme l'a conclu la Cour d'appel, si le juge de première instance a commis une erreur en rendant en faveur de M<sup>me</sup> Kerr une ordonnance alimentaire rétroactive à la date d'introduction de l'action plutôt qu'à la date du début du procès. À mon humble avis, la Cour d'appel a commis une erreur dans l'application des facteurs pertinents et n'aurait pas dû annuler l'ordonnance du juge de première instance.

[201] Le juge de première instance a conclu qu'en 2006, le revenu de l'appelante était de 28 787 \$ et que celui de l'intimé s'élevait à 70 520 \$, sur le fondement de leur déclaration de revenus respective. Il a ensuite appliqué les Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux (« Lignes directrices ») pour arriver à une fourchette de 1 304 \$ à 1 739 \$ par mois. Il a accordé un montant se situant dans la partie supérieure de la fourchette pour que M<sup>me</sup> Kerr soit en mesure de payer une chambre privée en attendant un lit subventionné dans un établissement approprié plus près de sa famille.

[202] La Cour d'appel était d'accord avec le juge de première instance pour dire que M<sup>me</sup> Kerr avait droit à une pension alimentaire compte tenu de la durée de la relation des parties, de son âge, de son revenu fixe et limité et de l'importance de son invalidité, qu'elle avait droit à une pension alimentaire qui lui permettrait d'avoir un mode de vie se rapprochant davantage de celui qu'avaient les parties quand elles vivaient ensemble. La Cour d'appel était aussi d'avis que le juge avait bien déterminé le montant de la pension alimentaire.

the date Ms. Kerr had commenced proceedings. It faulted the judge in several respects: for apparently making the order as a matter of course rather than applying the relevant legal principles; for failing to consider that, during the interim period, Ms. Kerr had no financial needs beyond her means because she had been residing in a government-subsidized care facility and had not had to encroach on her capital; for failing to take account of the fact she had made no demand of Mr. Baranow to contribute to her interim support and had provided no explanation for not having done so; and for ordering retroactive support where, in light of the absence of an interim application, there was no blameworthy conduct on Mr. Baranow's part.

[203] The appellant submits that the decision to equate the principles pertaining to retroactive spousal support with those of retroactive child support has been done without any discussion or legal analysis. Furthermore, she argues that the Court of Appeal's reasoning places an untoward and inappropriate burden on applicants, essentially mandating that they apply for interim spousal support or lose their entitlement. Lastly, she argues that there is a legal distinction between retroactive support before and after the application is filed, and that in the latter circumstance there is less need for judicial restraint. I agree with the second and third of these submissions.

[204] There is no doubt that the trial judge had the discretion to award support effective the date proceedings had been commenced. This is clear from the British Columbia *Family*

Elle a toutefois conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en ordonnant que la pension alimentaire soit rétroactive à la date à laquelle M<sup>me</sup> Kerr avait intenté les procédures. Elle a adressé au juge de première instance les reproches suivants : il a rendu l'ordonnance de façon automatique plutôt qu'en appliquant les principes juridiques pertinents; il n'a pas pris en compte le fait que, pendant la période transitoire, M<sup>me</sup> Kerr n'avait aucun besoin financier au-delà de ses moyens car elle résidait dans un établissement de soins de santé subventionné par le gouvernement et elle n'avait pas eu à puiser dans son capital; il n'a pas pris en compte le fait qu'elle n'avait pas demandé à M. Baranow de lui verser une pension alimentaire provisoire et qu'elle n'avait pas expliqué pourquoi elle n'avait pas demandé une telle pension; il a ordonné la rétroactivité de la pension alors que, vu l'absence d'une demande provisoire, on n'avait rien à reprocher à M. Baranow.

[203] L'appelante soutient que la décision d'établir un parallèle entre les principes se rapportant à la pension alimentaire pour le conjoint avec effet rétroactif et ceux se rapportant à la pension alimentaire pour enfants avec effet rétroactif a été prise sans aucun examen ou analyse juridique. Elle soutient également que le raisonnement de la Cour d'appel impose un fardeau trop lourd et inapproprié aux demandeurs, les obligeant essentiellement à présenter une demande de pension alimentaire pour conjoint provisoire, sous peine de perdre leur droit aux aliments. Enfin, elle affirme que dans le cas de la pension alimentaire rétroactive, il faut en droit faire une distinction selon que la pension est rétroactive à une date antérieure ou postérieure au dépôt de la demande, et que dans ce dernier cas, il est moins nécessaire que le juge fasse preuve de retenue. Je suis d'accord avec l'appelante quant aux deuxième et troisième prétentions.

[204] Il ne fait aucun doute que le juge de première instance pouvait accorder une pension alimentaire devant prendre effet à la date d'institution des procédures. Cela ressort clairement de

*Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128 (“*FRA*”), s. 93(5)(d):

93 . . .

- (5) An order under this section may also provide for one or more of the following:

. . .

- (d) payment of support in respect of any period before the order is made;

[205] The appellant requested support effective the date her writ of summons and statement of claim were issued and served. She was and is not seeking support for the period before she commenced her proceedings, or for any period during which another court order for support was in effect. I note that she was obliged by statute to seek support within a year of the end of cohabitation: definition of “spouse”, s. 1(1)(b) of the *FRA*. Ms. Kerr made her application just over a month after the parties ceased living together.

[206] I will not venture into the semantics of the word “retroactive”: see *D.B.S. v. S.R.G.*, 2006 SCC 37, [2006] 2 S.C.R. 231, at paras. 2 and 69-70; *S. (L.) v. P. (E.)* (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 254 (C.A.), at paras. 55-57. Rather, I prefer to follow the example of Bastarache J. in *D.B.S.* and consider the relevant factors that come into play where support is sought in relation to a period predating the order.

[207] While *D.B.S.* was concerned with child as opposed to spousal support, I agree with the Court of Appeal that similar considerations to those set out in the context of child support are also relevant to deciding the suitability of a “retroactive” award of spousal support. Specifically, these factors are the needs of the recipient, the conduct of the payor,

l’al. 93(5)d) de la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, de la Colombie-Britannique (« *FRA* »):

[TRADUCTION]

93 . . .

- (5) Une ordonnance rendue aux termes du présent article peut aussi prévoir au moins un des éléments suivants :

. . .

- d) le paiement d’une pension alimentaire pour toute période antérieure à l’ordonnance;

[205] L’appelante a demandé une pension alimentaire à compter de la date à laquelle son bref d’assignation et sa déclaration ont été délivrés et signifiés. Elle n’a pas demandé, et ne demande toujours pas, de pension alimentaire pour la période antérieure au début des procédures, ou pour une période pendant laquelle une autre ordonnance alimentaire était en vigueur. Je remarque qu’elle était légalement tenue de présenter une demande de pension alimentaire dans l’année suivant la fin de la cohabitation : définition d’[TRADUCTION] « époux », al. 1(1)b) de la *FRA*. Madame Kerr a présenté sa demande à peine plus d’un mois après la fin de la cohabitation des parties.

[206] Je ne me risquerai pas dans les débats sémantiques sur la définition du mot « rétroacti[f] » : voir *D.B.S. c. S.R.G.*, 2006 CSC 37, [2006] 2 R.C.S. 231, par. 2, 69-70; *S. (L.) c. P. (E.)* (1999), 67 B.C.L.R. (3d) 254 (C.A.), par. 55-57. Je préfère plutôt suivre l’exemple du juge Bastarache dans *D.B.S.* et examiner les facteurs pertinents qui entrent en jeu lorsqu’une demande de pension alimentaire est présentée relativement à une période antérieure à l’ordonnance.

[207] Bien que l’arrêt *D.B.S.* porte sur la pension alimentaire pour enfants plutôt que pour le conjoint, je souscris à l’opinion de la Cour d’appel selon laquelle des considérations semblables à celles exposées dans le contexte de la pension alimentaire pour enfants sont également pertinentes pour décider de l’opportunité d’une pension

the reason for the delay in seeking support and any hardship the retroactive award may occasion on the payor spouse. However, in spousal support cases, these factors must be considered and weighed in light of the different legal principles and objectives that underpin spousal as compared with child support. I will mention some of those differences briefly, although certainly not exhaustively.

[208] Spousal support has a different legal foundation than child support. A parent-child relationship is a fiduciary relationship of presumed dependency and the obligation of both parents to support the child arises at birth. In that sense, the entitlement to child support is “automatic” and both parents must put their child’s interests ahead of their own in negotiating and litigating child support. Child support is the right of the child, not of the parent seeking support on the child’s behalf, and the basic amount of child support under the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), (as well as many provincial child support statutes) now depends on the income of the payor and not on a highly discretionary balancing of means and needs. These aspects of child support reduce somewhat the strength of concerns about lack of notice and lack of diligence in seeking child support. With respect to notice, the payor parent is or should be aware of the obligation to provide support commensurate with his or her income. As for delay, the right to support is the child’s and therefore it is the child’s, not the other parent’s position that is prejudiced by lack of diligence on the part of the parent seeking child support: see *D.B.S.*, at paras. 36-39, 47-48, 59, 80 and 100-104. In contrast, there is no presumptive entitlement to spousal support and, unlike child support, the spouse is in general not under any legal obligation to look out for the separated spouse’s legal interests. Thus, concerns about notice, delay and misconduct generally carry more weight in relation to claims for spousal support: see, e.g., M. L. Gordon, “Blame Over: Retroactive Child and Spousal Support in the Post-Guideline Era”

alimentaire « rétroactive ». Plus précisément, ces facteurs incluent les besoins du bénéficiaire, le comportement du débiteur, la raison du retard dans la présentation de la demande de pension alimentaire et tout préjudice que peut causer une pension rétroactive au conjoint débiteur. Cependant, dans les cas de pension alimentaire pour conjoint, ces facteurs doivent être examinés et soupesés à la lumière de principes et objectifs juridiques qui diffèrent de ceux de la pension pour enfants. J’aborde brièvement certaines de ces différences, mais sans les approfondir.

[208] La pension alimentaire pour le conjoint n’a pas le même fondement juridique que la pension pour enfants. La relation parent-enfant est une relation fiduciaire de dépendance présumée et l’obligation du père et de la mère de subvenir aux besoins de leur enfant s’applique dès la naissance. En ce sens, l’enfant acquiert le droit aux aliments « automatiquement » et le père et la mère doivent privilégier les intérêts de leur enfant plutôt que les leurs au moment de négocier la pension et de la débattre en justice. Le droit aux aliments appartient à l’enfant, et non au parent qui demande la pension au nom de l’enfant, et le montant de base de la pension pour enfants en vertu de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), (ainsi que plusieurs lois provinciales en matière de pension alimentaire pour enfants) dépend maintenant du revenu du débiteur, et non d’une pondération hautement discrétionnaire des ressources et des besoins. Ces aspects de la pension alimentaire pour enfants apaisent quelque peu les préoccupations relatives à l’absence d’avis et au manque de diligence dans les demandes de pension alimentaire pour enfants. En ce qui concerne l’avis, le parent débiteur sait, ou devrait savoir, qu’il est tenu de payer des aliments proportionnellement à son revenu. En ce qui concerne le retard à agir, le droit aux aliments appartient à l’enfant et, par conséquent, c’est l’enfant, et non l’autre parent, qui subit un préjudice en raison du manque de diligence du parent demandant la pension : voir *D.B.S.*, par. 36-39, 47-48, 59, 80, 100-104. Par contre, le conjoint n’a aucun droit présomptif à la pension et, contrairement à la pension pour enfants, le conjoint n’est généralement pas tenu de protéger les intérêts

(2004-2005), 23 *C.F.L.Q.* 243, at pp. 281 and 291-92.

[209] Where, as here, the payor's complaint is that support could have been sought earlier, but was not, there are two underlying interests at stake. The first relates to the certainty of the payor's legal obligations; the possibility of an order that reaches back into the past makes it more difficult to plan one's affairs and a sizeable "retroactive" award for which the payor did not plan may impose financial hardship. The second concerns placing proper incentives on the applicant to proceed with his or her claims promptly (see *D.B.S.*, at paras. 100-103).

[210] Neither of these concerns carries much weight in this case. The order was made effective the date on which the proceedings seeking relief had been commenced, and there was no interim order for some different amount. Commencement of proceedings provided clear notice to the payor that support was being claimed and permitted some planning for the eventuality that it was ordered. There is thus little concern about certainty of the payor's obligations. Ms. Kerr diligently pursued her claim to trial and that being the case, there is little need to provide further incentives for her or others in her position to proceed with more diligence.

[211] In *D.B.S.*, Bastarache J. referred to the date of effective notice as the "general rule" and "default option" for the choice of effective date of the order (paras. 118 and 121; see also para. 125). The date of the initiation of proceedings for spousal support has been described by the Ontario Court of Appeal as the "usual commencement date", absent a reason not to make the order effective as of that date: *MacKinnon v. MacKinnon* (2005), 75 O.R. (3d) 175, at para. 24. While in my view, the decision

juridiques du conjoint séparé. Par conséquent, les préoccupations au sujet de l'avis, du retard et de la conduite répréhensible ont généralement plus de poids en ce qui concerne les demandes d'aliments pour conjoint : voir, par exemple, M. L. Gordon, « Blame Over : Retroactive Child and Spousal Support in the Post-Guideline Era » (2004-2005), 23 *C.F.L.Q.* 243, p. 281 et 291-292.

[209] Lorsque, comme en l'espèce, le débiteur se plaint de ce que la pension aurait pu être demandée plus tôt, mais ne l'a pas été, deux intérêts sous-jacents entrent en jeu. Le premier concerne la certitude des obligations juridiques du débiteur; la possibilité qu'une ordonnance s'applique rétroactivement complique la planification des finances personnelles et une forte ordonnance alimentaire « rétroactive » non prévue par le débiteur peut lui causer des difficultés financières. Le deuxième vise à inciter le demandeur à présenter sa demande promptement (voir *D.B.S.*, par. 100-103).

[210] Ni l'une ni l'autre de ces préoccupations n'a beaucoup d'importance en l'espèce. L'ordonnance était rétroactive à la date où les procédures visant à obtenir un redressement ont été intentées, et il n'y a eu aucune ordonnance provisoire pour un montant différent. L'introduction des procédures a clairement avisé le débiteur qu'une pension alimentaire était demandée et lui a permis de se préparer à l'éventualité qu'elle soit ordonnée. Il n'y a donc pas vraiment lieu de s'interroger sur la certitude des obligations du débiteur. Madame Kerr a poursuivi l'affaire avec diligence et, cela étant, il n'est pas vraiment nécessaire de mettre en place d'autres mesures propres à l'inciter, elle ou d'autres personnes dans sa situation, à procéder de façon plus diligente.

[211] Dans l'arrêt *D.B.S.*, le juge Bastarache a dit que la date de l'information réelle du parent débiteur devrait « généralement être retenue » comme étant, « de prime abord », la date d'application de l'ordonnance (par. 118, 121; voir également le par. 125). La Cour d'appel de l'Ontario a retenu la date de l'introduction de la demande de pension alimentaire pour conjoint comme étant la [TRADUCTION] « date de prise d'effet habituelle », en l'absence de toute raison de ne pas faire entrer l'ordonnance en

to order support for a period before the date of the order should be the product of the exercise of judicial discretion in light of the particular circumstances, the fact that the order is sought effective from the commencement of proceedings will often be a significant factor in how the relevant considerations are weighed. It is important to note that, in *D.B.S.*, all four litigants were requesting that child support payments reach back to a period in time preceding their respective applications; such is not the case here.

[212] Other relevant considerations noted in *D.B.S.* include the conduct of the payor, the circumstances of the child (or in the case of spousal support, the spouse seeking support), and any hardship occasioned by the award. The focus of concern about conduct must be on conduct broadly relevant to the support obligation, for example, concealing assets or failing to make appropriate disclosure: *D.B.S.*, at para. 106. Consideration of the circumstances of the spouse seeking support, by analogy to the *D.B.S.* analysis, will relate to the needs of the spouse both at the time the support should have been paid and at present. The comments of Bastarache J. at para. 113 of *D.B.S.* may be easily adapted to the situation of the spouse seeking support: “A [spouse] who underwent hardship in the past may be compensated for this unfortunate circumstance through a retroactive award. On the other hand, the argument for retroactive [spousal] support will be less convincing where the [spouse] already enjoyed all the advantages (s)he would have received [from that support]”. As for hardship, there is the risk that a retroactive award will not be fashioned having regard to what the payor can currently afford and may disrupt the payor’s ability to manage his or her finances. However, it is also critical to note that this Court in *D.B.S.* emphasized the need for flexibility and a holistic view of each matter on its own merits; the same flexibility is appropriate when dealing with “retroactive” spousal support.

vigueur à cette date : *MacKinnon c. MacKinnon* (2005), 75 O.R. (3d) 175, par. 24. Bien que, à mon avis, la décision de faire rétroagir le versement des aliments doit résulter du pouvoir discrétionnaire exercé à la lumière des circonstances particulières, le fait que l’ordonnance soit demandée à compter de l’introduction de la demande sera souvent un facteur important à considérer pour savoir quelle importance accorder aux considérations pertinentes. Il importe de souligner que, dans *D.B.S.*, les quatre parties demandaient que les paiements de pension alimentaire pour enfants remontent à une période antérieure au dépôt de leurs demandes respectives; ce n’est pas le cas en l’espèce.

[212] Parmi les autres facteurs pertinents signalés dans *D.B.S.*, mentionnons le comportement du débiteur, la situation de l’enfant (ou, dans le cas d’une pension alimentaire pour conjoint, la situation du conjoint qui réclame une pension), et toute difficulté occasionnée par l’ordonnance. Le comportement en question doit avoir un lien quelconque avec l’obligation alimentaire, par exemple, dissimuler certains biens ou ne pas communiquer l’information de manière appropriée : *D.B.S.*, par. 106. L’examen de la situation du conjoint qui demande la pension, par analogie avec l’analyse exposée dans *D.B.S.*, se rattachera aux besoins du conjoint au moment où la pension aurait dû être versée et au moment présent. Les commentaires formulés par le juge Bastarache au par. 113 de *D.B.S.* s’adaptent facilement à la situation du conjoint qui demande une pension alimentaire : « [le conjoint] qui a connu des difficultés dans le passé peut obtenir réparation grâce à une ordonnance rétroactive. Par contre, une telle ordonnance est plus difficile à justifier dans le cas où [le conjoint] a bénéficié de tous les avantages qu’il aurait obtenus [de cette pension] ». En ce qui concerne les difficultés, il y a le risque qu’une ordonnance rétroactive ne tienne pas compte de ce que le débiteur peut se permettre et que cela nuise à la capacité du débiteur de gérer ses finances. Cependant, il est aussi essentiel de souligner que, dans *D.B.S.*, notre Cour a mis l’accent sur le besoin de souplesse et a considéré l’affaire dans sa globalité en fonction des faits de l’espèce; la même souplesse est appropriée dans le cas des pensions alimentaires pour conjoint « rétroactives ».

[213] In light of these principles, my view is that the Court of Appeal made two main errors.

[214] First, it erred by finding that the circumstances of the appellant were such that there was no need prior to the trial. The trial judge found, and the Court of Appeal did not dispute, that the appellant was entitled to non-compensatory spousal support, at the high end of the range suggested by the SSAG, for an indefinite duration. Entitlement, quantum, and the indefinite duration of the order were not appealed before this Court. It is clear that Ms. Kerr was in need of support from the respondent at the date she started her proceedings and remained so at the time of trial. The Court of Appeal rightly noted the relevant factors, such as her age, disability, and fixed income. However, the Court of Appeal did not describe how Ms. Kerr's circumstances had changed between the commencement of proceedings and the date of trial, nor is any such change apparent in the trial judge's findings of fact. As I understand the record, one of the objectives of the support order was to permit Ms. Kerr to have access to a private pay bed while waiting for her name to come up for a subsidized bed in a suitable facility closer to her son's residence. From the date she commenced her proceedings until the date of trial, she resided in the Brock Fahrni Pavilion in a government-funded extended care bed in a room with three other people. In my respectful view, her need was constant throughout the period. If the Court of Appeal's rationale was that Ms. Kerr's need would only arise once she actually had secured the private pay bed, its decision to make the order effective the first day of trial seems inconsistent with that approach. The Court of Appeal did not suggest that her need was any different on that day than on the day she had commenced her proceedings. Nor did the court point to any financial hardship that the trial judge's award would have on Mr. Baranow.

[213] À la lumière de ces principes, j'estime que la Cour d'appel a commis deux erreurs principales.

[214] Premièrement, elle a commis une erreur en concluant que la situation de l'appelante était telle qu'elle n'avait pas besoin de soutien avant le procès. Le juge de première instance a conclu, et la Cour d'appel n'a pas contesté cette conclusion, que l'appelante avait droit à une pension alimentaire non compensatoire pour conjoint, dans la partie supérieure de la fourchette proposée dans les Lignes directrices, pour une période indéfinie. Le droit à la pension, le montant de celle-ci et la période indéfinie de l'ordonnance ne font pas l'objet du présent pourvoi. Il est clair que M<sup>me</sup> Kerr avait besoin que l'intimé lui verse une pension alimentaire à la date où elle a introduit les procédures et qu'elle en avait toujours besoin lors du procès. La Cour d'appel a signalé à juste titre les facteurs pertinents, tels que son âge, son invalidité et son revenu fixe. Cependant, la Cour d'appel n'a pas expliqué de quelle façon la situation de M<sup>me</sup> Kerr avait changé entre le début de l'instance et la date du procès et le changement ne ressort pas non plus clairement des conclusions de fait du juge de première instance. Si je comprends bien le dossier, un des objectifs de l'ordonnance alimentaire était de permettre à M<sup>me</sup> Kerr d'avoir accès à une chambre privée pendant qu'elle attendait un lit subventionné dans un établissement convenable près de chez son fils. À compter de la date d'introduction des procédures jusqu'à la date du procès, elle habitait dans le pavillon Brock Fahrni qui se trouve dans un établissement de soins prolongés subventionné par le gouvernement et elle occupait une chambre avec trois autres personnes. À mon humble avis, elle avait besoin de soutien pendant toute cette période. Si, selon le raisonnement de la Cour d'appel, le besoin de M<sup>me</sup> Kerr ne se ferait sentir qu'une fois qu'elle aurait sa chambre privée, sa décision de faire rétroagir l'ordonnance au premier jour du procès semble incompatible avec ce point de vue. La Cour d'appel n'a pas laissé entendre qu'il y avait une différence sur le plan des besoins qu'elle avait cette journée-là et ceux qu'elle avait au moment où elle a introduit les procédures. Elle n'a pas non plus indiqué que l'ordonnance alimentaire du juge de première instance causerait des difficultés financières à M. Baranow.



[215] Respectfully, the Court of Appeal erred in principle in setting aside the judge's order effective as of the date of commencement of proceedings on the ground that Ms. Kerr had no need during that period, while upholding the judge's findings of need in circumstances that were no different from those existing at the time proceedings were commenced.

[216] Second, the Court of Appeal in my respectful view was wrong to fault Ms. Kerr for not bringing an interim application, in effect attributing to her unreasonable delay in seeking support for the period in question. Ms. Kerr commenced her proceedings promptly after separation and, in light of the fact that the trial occurred only about thirteen months afterward, she apparently pursued those proceedings to trial with diligence. There was thus clear notice to Mr. Baranow that support was being sought and he could readily take advice on the likely extent of his liability. Given the high financial, physical, and emotional costs of interlocutory applications, especially for a party with limited means and a significant disability such as Ms. Kerr, it was in my respectful view unreasonable for the Court of Appeal to attach such serious consequences to the fact that an interim application was not pursued. The position taken by the Court of Appeal to my way of thinking undermines the incentives which should exist on parties to seek financial disclosure, pursue their claims with due diligence, and keep interlocutory proceedings to a minimum. Requiring interim applications risks prolonging rather than expediting proceedings. The respondent's argument based on the fact that a different legal test would have applied at the interim support stage is unconvincing. After a full trial on the merits, the trial judge made clear and now unchallenged findings of need on the basis of circumstances that had not changed between commencement of proceedings and trial.

[215] Avec égards, la Cour d'appel a commis une erreur de principe en annulant l'ordonnance du juge qui prenait effet à la date d'introduction de la demande au motif que M<sup>me</sup> Kerr n'avait aucun besoin pendant cette période, tout en confirmant les conclusions du juge se rapportant aux besoins de M<sup>me</sup> Kerr dans une situation identique à celle qui existait au moment où la demande a été introduite.

[216] Deuxièmement, à mon avis, la Cour d'appel a eu tort de reprocher à M<sup>me</sup> Kerr de ne pas avoir présenté une demande provisoire, lui attribuant de ce fait un retard déraisonnable dans le dépôt de la demande de pension alimentaire pour la période en question. Madame Kerr a introduit sa demande peu de temps après la séparation et, compte tenu du fait que le procès n'a débuté que treize mois plus tard, elle semble avoir poursuivi les procédures avec diligence. Monsieur Baranow avait donc reçu un avis clair de la pension alimentaire demandée et il aurait facilement pu demander conseil concernant l'étendue possible de sa responsabilité. Compte tenu des coûts financiers, matériels et affectifs élevés des requêtes interlocutoires, surtout pour une personne dont les moyens sont limités et qui souffre d'une invalidité importante comme M<sup>me</sup> Kerr, j'estime qu'il était déraisonnable pour la Cour d'appel d'attacher des conséquences aussi graves au fait qu'une demande provisoire n'ait pas été présentée. À mon avis, la position adoptée par la Cour d'appel n'incite pas les parties à rechercher la communication de renseignements financiers, à poursuivre leurs réclamations avec diligence raisonnable et à restreindre au minimum les procédures interlocutoires. Le fait d'exiger des demandes provisoires risque de prolonger les procédures au lieu de les accélérer. L'argument de l'intimé fondé sur le fait qu'un critère juridique différent se serait appliqué à l'étape de la pension alimentaire provisoire est peu convaincant. Après un procès complet sur le fond, le juge de première instance est arrivé à des conclusions claires et maintenant incontestées quant au besoin de soutien en se fondant sur des circonstances qui n'avaient pas changé entre l'introduction de la demande et le procès.

[217] In short, there was virtually no delay in applying for maintenance, nor was there any inordinate delay between the date of application and the date of trial. Ms. Kerr was in need throughout the relevant period, she suffered from a serious physical disability, and her standard of living was markedly lower than it was while she lived with the respondent. Mr. Baranow had the means to provide support, had prompt notice of her claim, and there was no indication in the Court of Appeal's reasons that it considered the judge's award imposed on him a hardship so as to make that award inappropriate.

[218] While it is regrettable that the judge did not elaborate on his reasons for making the order effective as of the date proceedings had been commenced, the relevant legal principles applied to the facts as he found them support the making of that order and the Court of Appeal erred in holding otherwise.

[219] In summary, I conclude that the Court of Appeal erred in setting aside the portion of the judge's order for support between the commencement of proceedings and the beginning of trial. I would restore the order of the trial judge making spousal support effective September 14, 2006.

#### D. *Disposition*

[220] I would allow the appeal in part. Specifically, I would:

- a. allow the appeal on the spousal support issue and restore the order of the trial judge with respect to support;
- b. allow the appeal with respect to the Court of Appeal's decision to dismiss Ms. Kerr's unjust enrichment claim and order a new trial of that claim;
- c. dismiss the appeal in relation to Ms. Kerr's claim of resulting trust and the ordering of a

[217] En résumé, M<sup>me</sup> Kerr n'a pas tardé à déposer sa demande de pension alimentaire et il n'y a pas eu de retard excessif entre la date de la demande et le début du procès. Madame Kerr avait besoin de soutien pendant toute la période pertinente; elle souffrait d'une grave invalidité physique et son niveau de vie était nettement inférieur à celui qu'elle avait lorsqu'elle habitait avec l'intimé. Monsieur Baranow avait les moyens de lui verser une pension, il avait reçu sans délai un avis de sa réclamation, et rien dans les motifs de la Cour d'appel n'indiquait qu'elle considérait que la pension alimentaire imposée par le juge mettait M. Baranow dans une situation financière difficile, de sorte que l'ordonnance était inappropriée.

[218] Bien qu'il soit regrettable que le juge n'ait pas expliqué pourquoi il faisait rétroagir l'ordonnance à la date d'introduction des procédures, les principes juridiques pertinents qui ont été appliqués aux faits qu'il avait constatés appuient le prononcé de cette ordonnance et la Cour d'appel a commis une erreur en décidant autrement.

[219] En somme, je conclus que la Cour d'appel a commis une erreur en annulant la partie de l'ordonnance alimentaire du juge qui couvrait la période écoulée entre l'introduction des procédures et le début du procès. Je suis d'avis de rétablir l'ordonnance du juge de première instance en donnant effet à la pension alimentaire pour conjoint au 14 septembre 2006.

#### D. *Dispositif*

[220] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie. Plus précisément, je suis d'avis :

- a. d'accueillir le pourvoi sur la question de la pension alimentaire et de rétablir l'ordonnance alimentaire du juge de première instance;
- b. d'accueillir le pourvoi en ce qui concerne la décision de la Cour d'appel de rejeter la demande de M<sup>me</sup> Kerr fondée sur l'enrichissement injustifié et d'ordonner une nouvelle audition de cette demande;
- c. de rejeter le pourvoi en ce qui concerne la demande de M<sup>me</sup> Kerr relative à la fiducie

new hearing of Mr. Baranow's counterclaim and affirm the order of the Court of Appeal in relation to those issues.

[221] As Ms. Kerr has been substantially successful, I would award her costs throughout.

*Appeal 33157 allowed in part with costs.*

*Appeal 33358 allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant Margaret Kerr: Hawthorne, Piggott & Company, Burnaby.*

*Solicitor for the respondent Nelson Baranow: Susan G. Label, Vancouver.*

*Solicitors for the appellant Michele Vanasse: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent David Seguin: MacKinnon & Phillips, Ottawa.*

résultoire et l'ordonnance de nouvelle audition de la demande reconventionnelle de M. Baranow et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel quant à ces questions.

[221] Comme M<sup>me</sup> Kerr a eu gain de cause en bonne partie, je suis d'avis de lui accorder les dépens dans toutes les cours.

*Pourvoi 33157 accueilli en partie avec dépens.*

*Pourvoi 33358 accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante Margaret Kerr: Hawthorne, Piggott & Company, Burnaby.*

*Procureur de l'intimé Nelson Baranow: Susan G. Label, Vancouver.*

*Procureurs de l'appelante Michele Vanasse: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé David Seguin: MacKinnon & Phillips, Ottawa.*

**Attorney General of Quebec** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of  
Canada** *Respondent*

**INDEXED AS: QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v.  
CANADA**

**2011 SCC 11**

File No.: 33524.

2010: October 14; 2011: March 3.

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

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL**

*Social law — Canada Assistance Plan — Cost sharing — Federal-provincial agreement entered into under Canada Assistance Plan for purpose of sharing costs of welfare services — Federal government refusing to share in costs incurred by Quebec for two types of services — Whether social services provided in schools were “welfare services” within meaning of Canada Assistance Plan — Whether federal government already sharing in costs of support services provided to persons with disabilities living in residential resources for clients who required continuous assistance on basis that these services constituted “adult residential care services” under Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Established Programs Financing Act, 1977 — Canada Assistance Plan, R.S.C. 1985, c. C-1, ss. 2, 4(b), 5(2)(c) — Canada Assistance Plan Regulations, C.R.C. 1978, c. 382, s. 8 — Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Established Programs Financing Act, 1977, S.C. 1976-77, c. 10, s. 27(8) — Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Established Programs Financing Regulations, 1977, SOR/78-587, ss. 24(1), 24(2)(b).*

The *Canada Assistance Plan* (“CAP”), which has been repealed, was enacted in 1966 in the context of the federal government’s anti-poverty plan. The CAP made it possible for provincial governments to enter

**Procureur général du Québec** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du  
Canada** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) c.  
CANADA**

**2011 CSC 11**

N<sup>o</sup> du greffe : 33524.

2010 : 14 octobre; 2011 : 3 mars.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

*Droit social — Régime d'assistance publique du Canada — Partage des frais — Accord fédéral-provincial conclu en vertu du Régime d'assistance publique du Canada visant à partager les frais de services de protection sociale — Refus du gouvernement fédéral de partager les frais encourus par le Québec à l'égard de deux catégories de services — Les services sociaux dispensés en milieu scolaire constituent-ils des « services de protection sociale » au sens du Régime d'assistance publique du Canada? — Les frais des services de soutien dispensés aux personnes handicapées vivant en ressources résidentielles, dont la clientèle nécessite une assistance continue, sont-ils déjà partagés par le gouvernement fédéral à titre de « soins en établissement pour adultes » en vertu de la Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis? — Régime d'assistance publique du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-1, art. 2, 4b), 5(2)c) — Règlement du Régime d'assistance publique du Canada, C.R.C. 1978, ch. 382, art. 8 — Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis, L.C. 1976-77, ch. 10, art. 27(8) — Règlement de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis, DORS/78-587, art. 24(1), 24(2)(b).*

Le *Régime d'assistance publique du Canada* (« RAPC »), maintenant abrogé, est adopté en 1966 dans le cadre du plan de lutte du gouvernement fédéral contre la pauvreté. Le RAPC permet aux gouvernements des

into agreements with the federal government on sharing the costs of certain assistance programs and welfare services provided in their territory. Quebec signed such an agreement with the federal government in 1967. It subsequently commenced an action for a declaration that the federal government had to share under the *CAP* in costs paid in respect of two types of services: social services provided in schools (“SSS”) between 1973 and 1996 and support services provided to persons with disabilities living in residential resources (“SSPD”) between 1986 and 1996. The federal government refused to share in these costs, arguing that SSS were not covered by the *CAP* and that the costs of SSPD had been shared since 1977 under another Act of Parliament. The Federal Court and the Federal Court of Appeal decided in the federal government’s favour and dismissed Quebec’s claim.

*Held:* The appeal should be dismissed.

SSS are not eligible for cost sharing under the *CAP*. In light of the definitions of “welfare services” and “welfare services provided in the province” in s. 2 of the *CAP*, the federal government had to share in the costs of a service only if the service had an anti-poverty object and was provided to persons in need or persons who would become persons in need in the absence of such a service. A service would not be considered a “welfare service” unless it had been established for the specific purpose of alleviating, eliminating or preventing poverty. This would require the existence of a close connection between the nature of the service and the eradication of the causes or effects of poverty. In the instant case, a close connection did not exist between SSS and even the preventive aspect of the fight against poverty. Rather, the evidence shows that the true object of SSS was to contribute to the educational mission of schools and to support educational activities, not to fight poverty. The makeup of the school population altered nothing in the nature of SSS.

Nor can cost sharing be ordered in the case of SSPD provided to clients requiring continuous assistance, because in accordance with the residual exception set out in s. 5(2)(c) of the *CAP*, the costs that could be shared under the *CAP* did not include the costs of services shared pursuant to another Act of Parliament. The federal government was already sharing in the costs of the SSPD in question under s. 27(8) of the *Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Established Programs Financing Act, 1977* on the basis that they constituted an “adult residential care service”.

provinces de conclure un accord avec le gouvernement fédéral sur le partage des frais de certains programmes d’assistance publique et des services de protection sociale fournis dans la province. Le Québec signe un accord de cette nature avec le gouvernement fédéral en 1967. Par le biais d’un recours en jugement déclaratoire, le Québec réclame au gouvernement fédéral le partage des frais en vertu du *RAPC* à l’égard de deux catégories de services : les services sociaux dispensés en milieu scolaire (« SSMS ») entre 1973 et 1996 ainsi que les services de soutien offerts aux personnes handicapées vivant en ressources résidentielles (« SSPH ») entre 1986 et 1996. Le gouvernement fédéral refuse le partage des frais, soutenant que les SSMS ne sont pas des services visés par le *RAPC* et que les frais des SSPH sont partagés depuis 1977 en vertu d’une autre loi fédérale. La Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale donnent raison au gouvernement fédéral et rejettent la réclamation présentée par le Québec.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Les SSMS ne sont pas admissibles au partage des frais en vertu du *RAPC*. À la lumière des définitions de « services de protection sociale » et de « services de protection sociale fournis dans la province » à l’art. 2 du *RAPC*, le gouvernement fédéral ne devra partager les frais d’un service que s’il a pour objet de lutter contre la pauvreté et s’il est dispensé à des personnes nécessiteuses ou à des personnes qui le deviendront en l’absence d’un tel service. Un service ne sera qualifié de « service de protection sociale » que si sa mise sur pied a été spécifiquement motivée par la volonté de lutter contre la pauvreté de façon curative ou préventive. La présence d’un lien étroit entre la nature des services et l’éradication des causes ou effets de la pauvreté est nécessaire. En l’espèce, il n’existe pas de lien étroit entre les SSMS et la lutte contre la pauvreté, même de façon préventive. La preuve révèle plutôt que le véritable objet des SSMS est de contribuer à la mission éducative de l’école et au soutien des activités du réseau scolaire, et non à la lutte contre la pauvreté. La composition de la clientèle scolaire ne change en rien la nature des SSMS.

En ce qui concerne le partage des frais des SSPH dont la clientèle nécessite une assistance continue, il ne peut être ordonné en raison de l’application de l’exception résiduelle à l’al. 5(2)(c) du *RAPC* selon laquelle les frais partageables au sens du *RAPC* excluent les frais des services dont le partage est prévu dans une autre loi fédérale. En l’occurrence, le gouvernement fédéral partage déjà les frais de ces SSPH en vertu du par. 27(8) de la *Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis à titre de « soins en établissement pour adultes »*.

Section 24 of the *Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Established Programs Financing Regulations, 1977* defined the term “institution” for the purposes of the federal program as including a facility qualifying as a “home for special care” under s. 8 of the *Canada Assistance Plan Regulations*. Although the s. 8 in question refers to provincial standards, provincial legislation cannot be applied in interpreting the meaning of the term “institution” in the federal legislation. The reference to provincial legislation concerned the quality of the services provided in a residential facility for persons with disabilities and was not intended to establish criteria for characterizing such a facility as an “institution”.

The intensiveness of the services provided by residential resources was a key factor in characterizing such resources as “homes for special care” that provided “adult residential care services”. A residential resource that provided all the services referred to in s. 24(2)(b) of the *Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Established Programs Financing Regulations, 1977* would legitimately have been considered to be providing an “adult residential care service”. In the instant case, the trial judge’s findings of fact show that residential resources in which SSPD were provided and whose clients required continuous assistance were institutions to which s. 24(2)(b) applied. The services provided in residential resources covered all aspects of daily living, including room and board.

### Cases Cited

**Referred to:** *Confédération des syndicats nationaux v. Canada (Attorney General)*, 2008 SCC 68, [2008] 3 S.C.R. 511; *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1993] 1 S.C.R. 1080.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting health services and social services and amending various legislation*, S.Q. 1991, c. 42.  
*Blind Persons Act*, R.S.C. 1952, c. 17.  
*British North America Act, 1951* (U.K.), 14 & 15 Geo. VI, c. 32, s. 1.  
*Budget Implementation Act, 1995*, S.C. 1995, c. 17, ss. 31, 32.

L’article 24 du *Règlement de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis* détermine la nature d’un « établissement » pour l’application du programme fédéral, qui inclut un établissement répondant à la définition de « foyer de soins spéciaux » à l’art. 8 du *Règlement du Régime d’assistance publique du Canada*. Bien que cette dernière disposition fasse référence aux normes provinciales, la législation provinciale ne peut servir à interpréter la notion d’« établissement » contenue dans la législation fédérale. Le renvoi à la législation provinciale vise la qualité des services qui sont dispensés dans un lieu d’hébergement pour personnes handicapées, et n’a pas pour objet d’établir des critères permettant de qualifier d’« établissement » ce lieu d’hébergement.

L’intensité des services offerts par les ressources résidentielles représente un paramètre central de la qualification de celles-ci à titre de « foyers de soins spéciaux » au sein desquels sont dispensés des « soins en établissement pour adultes ». Une ressource résidentielle qui dispense l’ensemble des services mentionnés à l’al. 24(2)(b) du *Règlement de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis* sera légitimement considérée comme prodiguant des « soins en établissement pour adultes ». En l’espèce, les conclusions de fait du juge de première instance démontrent que les ressources résidentielles au sein desquelles sont dispensés les SSPH dont la clientèle requiert une assistance continue correspondent à des établissements visés par l’al. 24(2)(b). Les services dispensés dans les ressources résidentielles couvrent tous les aspects de la vie quotidienne, y compris les repas et le logement.

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Confédération des syndicats nationaux c. Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 68, [2008] 3 R.C.S. 511; *Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1993] 1 R.C.S. 1080.

### Lois et règlements cités

*Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1951* (R.-U.), 14 & 15 Geo. VI, ch. 32, art. 1.  
*Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, ch. C-6.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(2A), 94A.  
*Loi constitutionnelle de 1940* (R.-U.), 3 & 4 Geo. VI, ch. 36, art. 1.  
*Loi constitutionnelle de 1964* (R.-U.), 12 & 13 Eliz. II, ch. 73, art. 1.

*Canada Assistance Plan*, R.S.C. 1985, c. C-1, preamble, ss. 2 “home for special care”, “welfare services”, “welfare services provided in the province”, 4, 5(2)(c).  
*Canada Assistance Plan Regulations*, C.R.C. 1978, c. 382, s. 8.  
*Canada Health Act*, R.S.C. 1985, c. C-6.  
*Constitution Act, 1867*, ss. 91(2A), 94A.  
*Constitution Act, 1940* (U.K.), 3 & 4 Geo. VI, c. 36, s. 1.  
*Constitution Act, 1964* (U.K.), 12 & 13 Eliz. II, c. 73, s. 1.  
*Disabled Persons Act*, S.C. 1953-54, c. 55.  
*Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Established Programs Financing Act, 1977*, S.C. 1976-77, c. 10, s. 27(8).  
*Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Established Programs Financing Regulations, 1977*, SOR/78-587, s. 24(1) “institution”, (2)(b) “adult residential care service”.  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 35.1.

*Loi d'exécution du budget 1995*, L.C. 1995, ch. 17, art. 31, 32.  
*Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis*, L.C. 1976-77, ch. 10, art. 27(8).  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 35.1.  
*Loi sur les aveugles*, S.R.C. 1952, ch. 17.  
*Loi sur les invalides*, S.C. 1953-54, ch. 55.  
*Loi sur les services de santé et les services sociaux et modifiant diverses dispositions législatives*, L.Q. 1991, ch. 42.  
*Régime d'assistance publique du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-1, préambule, art. 2 « foyer de soins spéciaux », « services de protection sociale », « services de protection sociale fournis dans la province », 4, 5(2)c).  
*Règlement de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis*, DORS/78-587, art. 24(1) « établissement », (2)b) « soins en établissement pour adultes ».  
*Règlement du Régime d'assistance publique du Canada*, C.R.C. 1978, ch. 382, art. 8.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Nadon and Pelletier J.J.A.), 2009 FCA 361, 400 N.R. 323, [2009] F.C.J. No. 1580 (QL), 2009 CarswellNat 5376, affirming a decision of de Montigny J., 2008 FC 713, 359 F.T.R. 1, [2008] F.C.J. No. 896 (QL), 2008 CarswellNat 5959. Appeal dismissed.

*Dominique Rousseau and Mélanie Paradis*, for the appellant.

*René LeBlanc and Bernard Letarte*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

## I. Introduction

[1] In this appeal as of right by the Attorney General of Quebec under s. 35.1 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, the Court must determine whether, under the *Canada Assistance Plan*, R.S.C. 1985, c. C-1 (“CAP”), which was repealed by the *Budget Implementation Act, 1995*, S.C. 1995, c. 17, ss. 31-32, the federal government

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Létourneau, Nadon et Pelletier), 2009 CAF 361, 400 N.R. 323, [2009] A.C.F. n° 1580 (QL), 2009 CarswellNat 4265, qui a confirmé une décision du juge de Montigny, 2008 CF 713, 359 F.T.R. 1, [2008] A.C.F. n° 896 (QL), 2008 CarswellNat 1700. Pourvoi rejeté.

*Dominique Rousseau et Mélanie Paradis*, pour l’appelant.

*René LeBlanc et Bernard Letarte*, pour l’intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

## I. Introduction

[1] Dans ce pourvoi formé de plein droit par le procureur général du Québec en vertu de l’art. 35.1 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, la Cour doit se prononcer sur l’obligation du gouvernement fédéral de partager, en vertu du *Régime d’assistance publique du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-1 (« RAPC »), abrogé par la *Loi*

was obliged to share in the costs of certain social services provided in Quebec between 1973 and 1996. The case relates to two specific types of services: social services provided in schools (“SSS”) between 1973 and 1996 and support services provided to persons with disabilities living in residential resources (“SSPD”) between 1986 and 1996. A third aspect of the case relating to the costs of correctional services for juvenile delinquents was abandoned by the appellant following the trial judgment.

[2] The Attorney General of Quebec is challenging the federal government’s refusal to share in the costs of the two types of services in issue under the *CAP*. In reply, the federal government argues that SSS were not covered by the *CAP* and that the costs of SSPD had been shared since 1977 under another Act of Parliament. The Federal Court and the Federal Court of Appeal decided in the federal government’s favour and dismissed the Attorney General of Quebec’s claim.

[3] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal with costs.

## II. Origin of the Case

[4] The origin of this case can best be understood by considering the role played by the federal government in social policy development in Canada during the 20th century. Traditionally, and for a long time, that role remained quite limited. Indeed, federal and provincial social security programs developed slowly up to the time of the Great Depression of 1929 and World War II. Until then, the federal government generally took refuge behind the constitutional division of powers and left it up to the provinces to provide and, above all, finance social services for the public.

[5] However, things changed starting in the 1930s. In response to persistent pressure from various sectors of Canadian society for government intervention in the social arena and because of its fiscal situation following World War II, the federal

*d’exécution du budget 1995*, L.C. 1995, ch. 17, art. 31-32, les coûts de certains services sociaux dispensés au Québec entre 1973 et 1996. Le litige met en cause deux catégories de services spécifiques : les services sociaux dispensés en milieu scolaire (« SSMS ») entre 1973 et 1996, ainsi que les services de soutien offerts aux personnes handicapées vivant en ressources résidentielles (« SSPH ») entre 1986 et 1996. Un troisième volet, relatif aux coûts des services correctionnels pour les jeunes délinquants, a été abandonné par l’appellant après le jugement de première instance.

[2] Le procureur général du Québec conteste le refus du gouvernement fédéral de partager les coûts de ces deux catégories de services aux termes du *RAPC*. En réponse, le gouvernement fédéral soutient que les SSMS ne sont pas des services visés par le *RAPC* et que les coûts des SSPH sont partagés depuis 1977 en vertu d’une autre loi fédérale. La Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale lui ont donné raison et ont rejeté la réclamation présentée par le procureur général du Québec.

[3] Pour les motifs qui suivent, je propose de rejeter le pourvoi avec dépens.

## II. Origine du litige

[4] Pour bien comprendre l’origine du présent litige, il convient de rappeler le rôle joué par le gouvernement fédéral dans le développement des politiques sociales au Canada au 20<sup>e</sup> siècle. Traditionnellement et pendant longtemps, ce rôle est demeuré fort limité. D’ailleurs, on sait que les programmes de sécurité sociale, fédéraux et provinciaux, ont connu un développement lent et tardif jusqu’à la Grande Dépression de 1929 et la Deuxième Guerre mondiale. Avant cette époque, le gouvernement fédéral se retranchait généralement derrière le partage constitutionnel des compétences pour laisser aux provinces le soin d’offrir et surtout de financer les services sociaux à la population.

[5] La situation a cependant changé à partir des années 30. Devant les pressions insistantes de secteurs divers de la société canadienne en faveur d’interventions étatiques dans le domaine social et en raison de sa situation fiscale après la Deuxième



government agreed to play a greater role in financing social programs for the Canadian public. Its increased participation in social policy development involved two types of initiatives.

[6] First, the federal government played a key role in creating a number of income security programs for specific clientele. For that purpose, it had to enter into agreements with the provinces to amend the Constitution so that Parliament would have the authority to make laws in relation to unemployment insurance and old age pensions (*Constitution Act, 1940* (U.K.), 3 & 4 Geo. VI, c. 36, s. 1, adding s. 91(2A); *British North America Act, 1951* (U.K.), 14 & 15 Geo. VI, c. 32, s. 1, adding s. 94A, subsequently amended by the *Constitution Act, 1964* (U.K.), 12 & 13 Eliz. II, c. 73, s. 1; see *Confédération des syndicats nationaux v. Canada (Attorney General)*, 2008 SCC 68, [2008] 3 S.C.R. 511; *Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23*, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669). Those constitutional amendments gave effect to one of the recommendations of the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations, better known as the Rowell-Sirois Commission. The universal income security programs established by the federal government included unemployment insurance, family allowances and old age security. A guaranteed income supplement program under which additional allowances were paid to seniors with incomes below a set minimum was later added to the old age security program.

[7] Second, the federal government intervened, with an equally specific focus, in the area of social assistance. Since it continued to recognize that the provinces were primarily responsible for establishing social programs, and since it believed that the need for social assistance measures would decrease as income security programs expanded, it chose to focus its initiatives in this area on some of the

Guerre mondiale, le gouvernement fédéral a accepté de jouer un rôle accru dans le financement des programmes sociaux destinés à la population canadienne. Cet accroissement de la participation du gouvernement fédéral dans le développement des politiques sociales s'est traduit par une intervention à double volet.

[6] D'une part, le gouvernement fédéral a joué un rôle clé dans la création d'un certain nombre de programmes de sécurité du revenu orientés vers des clientèles particulières. Pour ce faire, il a dû s'entendre avec les provinces pour modifier la Constitution de façon à permettre au Parlement de légiférer en matière d'assurance-chômage et de pensions de vieillesse (*Loi constitutionnelle de 1940* (R.-U.), 3 & 4 Geo. VI, ch. 36, art. 1, ajoutant l'art. 91(2A); *Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1951* (R.-U.), 14 & 15 Geo. VI, ch. 32, art. 1, ajoutant l'art. 94A, ensuite modifié par la *Loi constitutionnelle de 1964* (R.-U.), 12 & 13 Eliz. II, ch. 73, art. 1; voir *Confédération des syndicats nationaux c. Canada (Procureur général)*, 2008 CSC 68, [2008] 3 R.C.S. 511; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23*, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669). Ces modifications constitutionnelles mettaient en œuvre l'une des recommandations de la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces, mieux connue sous le nom de Commission Rowell-Sirois. Au nombre des programmes universels de sécurité du revenu mis sur pied par le gouvernement fédéral figurent ceux relatifs à l'assurance-chômage, aux allocations familiales ainsi qu'à la sécurité de la vieillesse. Ce dernier programme a été ultérieurement complété par le programme relatif au supplément de revenu garantissant des allocations additionnelles aux personnes âgées dont le revenu se situe en deçà du minimum prévu.

[7] D'autre part, le gouvernement fédéral est intervenu de façon tout autant ciblée dans le champ de l'assistance sociale. Puisqu'il reconnaissait toujours que la responsabilité de la mise sur pied des programmes sociaux incombait d'abord et avant tout aux provinces et estimait que le besoin de mesures d'assistance sociale diminuerait à mesure que les programmes de sécurité du revenu prendraient

most vulnerable groups in society. It then decided to help establish programs for specific clienteles rather than creating a nationwide universal social security system. With this in mind, the federal government enacted, *inter alia*, the *Blind Persons Act*, R.S.C. 1952, c. 17, and the *Disabled Persons Act*, S.C. 1953-54, c. 55.

[8] Thus, the federal government's role in social policy development in Canada during the postwar period was characterized by the adoption of specific objectives for its initiatives. Each initiative focussed on a particular clientele, such as seniors, unemployed persons, families, blind persons or disabled persons. The *CAP* was enacted as part of this process.

[9] The *CAP* (short title of the *Act to authorize the making of contributions by Canada toward the cost of programs for the provision of assistance and welfare services to and in respect of persons in need*) was enacted in 1966, and payments under it ceased, beginning in 1996, pursuant to the *Budget Implementation Act, 1995*, which also introduced the Canada Health and Social Transfer. Since this last change took place, the federal government has been contributing to the costs of social programs established by the provinces through per capita grants.

[10] From the beginning, the *CAP* formed part of the federal government's anti-poverty plan. It operated in the same way as the federal selective assistance programs that already existed for specific clienteles. The *CAP* was not modelled on the universal social programs that had begun to appear in the 1960s, such as the nationwide scheme that had been established in 1966 by enacting the federal legislation now known as the *Canada Health Act*, R.S.C. 1985, c. C-6. It was instead designed to fulfil the federal government's promises to the most vulnerable groups in Canadian society.

de l'ampleur, le gouvernement fédéral a choisi de structurer son intervention dans ce domaine autour de certaines des clientèles les plus vulnérables de la société. Il a alors décidé de participer à l'établissement de programmes destinés à des clientèles particulières et non de créer un régime national et universel de sécurité sociale. Dans cette optique, le gouvernement fédéral a notamment adopté la *Loi sur les aveugles*, S.R.C. 1952, ch. 17, et la *Loi sur les invalides*, S.C. 1953-54, ch. 55.

[8] Ainsi, l'adoption d'objectifs particuliers pour ses interventions a caractérisé le rôle joué par le gouvernement fédéral dans le développement des politiques sociales au Canada au cours de l'après-guerre. Chacune de ses interventions s'adressait à une clientèle particulière, comme les personnes âgées, les chômeurs, les familles, les aveugles ou les invalides. Le *RAPC* a été adopté dans cette logique.

[9] Le *RAPC* (titre abrégé de la *Loi autorisant le Canada à contribuer aux frais des régimes visant à fournir une assistance publique et des services de protection sociale aux personnes nécessiteuses et à leur égard*) a été adopté en 1966 et les paiements sous ce régime ont été supprimés à partir de 1996 par la *Loi d'exécution du budget 1995*, qui a en même temps introduit le Transfert canadien en matière de santé et de programmes sociaux. Depuis ce changement de régime, le gouvernement fédéral contribue aux coûts des programmes sociaux mis en place par les provinces sous forme de subventions versées *per capita*.

[10] Dès sa création, le *RAPC* s'inscrivait dans le plan de lutte du gouvernement fédéral contre la pauvreté. La méthode d'intervention qu'il adoptait correspondait à celle des programmes fédéraux d'assistance sélective déjà en vigueur qui s'adressaient à des clientèles spécifiques. Le *RAPC* ne s'inspirait pas du modèle des régimes sociaux universels qui ont commencé à apparaître dans les années 60 — comme celui qu'encadrait la législation fédérale connue maintenant comme la *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, ch. C-6, établi en 1966 à l'échelle du pays. Il était plutôt destiné à réaliser les promesses du gouvernement fédéral à l'égard des groupes les plus vulnérables de la société canadienne.

[11] The *CAP* was essentially a plan for sharing the costs of services that were intended to serve as a social safety net. It was a selective, residual anti-poverty tool created to protect categories of individuals in especially precarious financial situations. According to the terms of the *CAP* itself, its purpose was solely to share the costs of provincial services for “persons in need” and persons who were likely to become persons in need if such social services did not exist. The wording of the preamble to the *CAP* confirmed the specific nature of the anti-poverty mechanism chosen by Parliament:

WHEREAS the Parliament of Canada, recognizing that the provision of adequate assistance to and in respect of persons in need and the prevention and removal of the causes of poverty and dependence on public assistance are the concern of all Canadians, is desirous of encouraging the further development and extension of assistance and welfare services programs throughout Canada by sharing more fully with the provinces in the cost thereof . . . .

[12] Under s. 4 of the *CAP*, the federal and provincial governments could enter into cost-sharing agreements for certain “assistance” programs and for “welfare services provided in the province”:

4. Subject to this Act, the Minister may, with the approval of the Governor in Council, enter into an agreement with any province to provide for the payment by Canada to the province of contributions in respect of the cost to the province and to municipalities in the province of

(a) assistance provided by or at the request of provincially approved agencies pursuant to the provincial law; and

(b) welfare services provided in the province by provincially approved agencies pursuant to the provincial law.

Like the other Canadian provinces, Quebec signed such an agreement with the federal government in 1967.

[11] Essentiellement, le *RAPC* était un régime de partage des coûts des services destinés à fournir un filet social de dernier recours. Il se présentait comme un instrument sélectif et résiduel de lutte à la pauvreté, créé pour protéger des catégories de personnes placées dans une situation financière particulièrement précaire. En effet, selon les termes mêmes du *RAPC*, il ne visait qu’à partager les coûts des services provinciaux s’adressant aux « personnes nécessiteuses » et aux personnes susceptibles de le devenir en l’absence de tels services sociaux. Le libellé du préambule du *RAPC* confirmait le caractère spécifique de la forme de lutte contre la pauvreté choisie par le Parlement fédéral :

Considérant que le Parlement du Canada, reconnaissant que l’instauration de mesures convenables d’assistance publique pour les personnes nécessiteuses et que la prévention et l’élimination des causes de pauvreté et de dépendance de l’assistance publique intéressent tous les Canadiens, désire encourager l’amélioration et l’élargissement des régimes d’assistance publique et des services de protection sociale dans tout le Canada en partageant dans une plus large mesure avec les provinces les frais de ces programmes . . . .

[12] En vertu de l’art. 4 du *RAPC*, le gouvernement fédéral et ceux des provinces pouvaient conclure un accord sur le partage des coûts de certains programmes d’« assistance publique » et des « services de protection sociale fournis dans la province » :

4. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, avec l’approbation du gouverneur en conseil, conclure avec toute province un accord prévoyant le paiement, par le Canada à la province, de contributions aux frais encourus par la province et des municipalités de la province, au titre :

a) de l’assistance publique fournie, en conformité avec la législation provinciale, par des organismes approuvés par la province ou à la demande de ceux-ci;

b) des services de protection sociale fournis, en conformité avec la législation provinciale, dans la province par des organismes approuvés par la province.

À l’instar des autres provinces canadiennes, le Québec a signé un accord de cette nature avec le gouvernement fédéral en 1967.

[13] During the period when the *CAP* applied, the federal government paid about \$98 billion to the provinces, including nearly \$34 billion to Quebec, as financial contributions to services of the types mentioned in s. 4 of the *CAP*. The dispute in this case arose out of a decision by the federal government that SSS and SSPD were not eligible for cost sharing under the *CAP*. Quebec estimates that it was deprived of at least \$285 million in contributions because of the way the federal government interpreted the scope of the *CAP*.

[14] First, the federal government refused to share in the costs of SSS — services provided by social workers in Quebec schools — arguing that they were universal services intended for a clientele much broader than the one covered by the *CAP*. Although the *CAP* did apply to minors who could be characterized as “young persons in need of protection”, the federal government argued that SSS were intended for all students, regardless of their socio-economic background. It also based its justification for refusing to share in the costs of SSS on the fact that the main purpose of such services was to support the educational mission of schools. In its view, therefore, the role of SSS was unrelated to the *CAP*'s anti-poverty objective, and SSS were also expressly excluded from cost sharing under the *CAP* by the exception for services relating to education set out in s. 2 of the *CAP*.

[15] The Attorney General of Quebec disputed this interpretation. In his view, SSS were “welfare services” within the meaning of s. 2 of the *CAP*. Since such services were intended primarily for a disadvantaged clientele, Quebec argued that their purpose was to prevent poverty. Thus, their main object was not to support the educational mission of schools. On this point, the Attorney General of Quebec stressed the impact of the administrative reorganization that had begun in Quebec in the early 1970s, at which time the responsibility

[13] Au cours de la période d'application du *RAPC*, le gouvernement fédéral a versé environ 98 milliards de dollars aux provinces canadiennes, dont près de 34 milliards de dollars au Québec à titre de contribution financière aux services visés par l'une ou l'autre des catégories mentionnées à l'art. 4 du *RAPC*. En l'espèce, le litige provient du refus du gouvernement fédéral de considérer les coûts des SSMS et des SSPH comme admissibles au partage en vertu du *RAPC*. Le Québec estime à au moins 285 millions de dollars la contribution dont il affirme avoir été privé en raison de l'interprétation donnée par le gouvernement fédéral à la portée du *RAPC*.

[14] En premier lieu, le gouvernement fédéral a refusé de partager les coûts des SSMS, c'est-à-dire des services dispensés par des travailleurs sociaux dans les écoles du Québec, au motif que ceux-ci constituaient des services à vocation universelle qui s'adressaient à une clientèle débordant largement celle visée par le *RAPC*. Alors que le *RAPC* ciblait les mineurs que l'on peut regrouper sous le vocable de « jeunes en besoin de protection », d'après le gouvernement fédéral, les SSMS s'adressent à tout élève sans égard au milieu socio-économique dont il provient. En outre, le gouvernement fédéral justifie son refus de partager les coûts des SSMS par le fait que ces services visent essentiellement à appuyer la mission éducative de l'école. À ses yeux, le rôle des SSMS correspond alors mal à l'objectif de lutte contre la pauvreté poursuivi par le *RAPC* et les SSMS sont, au surplus, expressément exclus du partage en vertu du *RAPC* par l'exception relative aux services d'enseignement contenue à l'art. 2 du *RAPC*.

[15] Le procureur général du Québec conteste cette interprétation. À son avis, les SSMS constituent des « services de protection sociale » au sens de l'art. 2 du *RAPC*. Puisqu'ils s'adressent majoritairement à une clientèle défavorisée, le Québec soutient que les SSMS luttent contre la pauvreté de façon préventive. En ce sens, ils n'ont pas comme principal objet de supporter la mission éducative de l'école. À ce chapitre, le procureur général du Québec insiste sur l'effet de la réorganisation administrative effectuée au Québec au

for managing SSS was conferred on the Ministère des Affaires sociales (now the Ministère de la Santé et des Services sociaux). Until then, they had been managed through the education system. In the appellant's view, this reorganization had profoundly changed the nature of services provided in schools: from that time on, social workers focussed their attention on the child rather than on the student. In this new operating framework, schools served merely as a meeting point at which students could be found together, thus facilitating the work of social workers.

[16] Second, starting on April 1, 1977, the federal government refused to share in the costs of SSPD, arguing that it was already doing so under the *Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Established Programs Financing Act, 1977*, S.C. 1976-77, c. 10 (*"Fiscal Arrangements Act, 1977"*). Unlike services provided in residential resources whose clients received support on an as-needed basis, SSPD provided in residential resources whose clients required continuous assistance were considered to constitute an "adult residential care service" within the meaning of s. 27(8) of the *Fiscal Arrangements Act, 1977* and s. 24(2)(b) of the *Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Established Programs Financing Regulations, 1977*, SOR/78-587 (*"Fiscal Arrangements Regulations, 1977"*). The federal government argued that SSPD therefore fell under the residual exception set out in s. 5(2)(c) of the *CAP*, which excluded from cost sharing under the *CAP* the costs of services the federal government was required to share with the provinces pursuant to any other Act of Parliament. However, I note that the costs of services provided in residential resources whose clients did not require continuous assistance were shared under the *CAP* until payments under it gradually ceased between 1996 and 2000.

[17] The Attorney General of Quebec disagreed that services provided in residential resources whose clients required continuous assistance

début des années 70, à l'occasion de laquelle la gestion des SSMS a été confiée au ministère des Affaires sociales (actuel ministère de la Santé et des Services sociaux). Jusqu'à cette date, la gestion des SSMS incombait au réseau de l'éducation. Aux yeux de l'appellant, cette réorganisation a profondément transformé la nature des services dispensés dans les écoles : depuis ce moment, c'est l'enfant, plutôt que l'élève, qui devient le sujet d'attention des travailleurs sociaux. Dans ce nouveau cadre d'opération, l'école ne représente qu'un point de convergence des élèves facilitant l'intervention des travailleurs sociaux.

[16] En second lieu, le gouvernement fédéral refuse, depuis le 1<sup>er</sup> avril 1977, de partager les coûts des SSPH au motif qu'il y contribue déjà en vertu de la *Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis*, L.C. 1976-77, ch. 10 (« *Loi de 1977 sur les accords fiscaux* »). Contrairement aux services dispensés dans des ressources résidentielles dont la clientèle requiert un encadrement ponctuel, les SSPH offerts dans des ressources résidentielles dont la clientèle requiert une assistance continue seraient des « soins en établissement pour adultes » au sens du par. 27(8) de la *Loi de 1977 sur les accords fiscaux* et de l'al. 24(2)(b) du *Règlement de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis*, DORS/78-587 (« *Règlement de 1977 sur les accords fiscaux* »). Par conséquent, le gouvernement fédéral plaide que les SSPH tombent sous le coup de l'exception résiduelle prévue à l'al. 5(2)(c) du *RAPC*, qui exclut du partage en vertu du *RAPC* les frais des services qu'il est tenu de partager avec les provinces en application de toute autre loi fédérale. Toutefois, je souligne que les coûts des services offerts dans les ressources résidentielles dont la clientèle ne requiert pas une assistance continue ont été partagés en vertu du *RAPC* jusqu'à la cessation graduelle des paiements sous ce régime entre 1996 et 2000.

[17] Le procureur général du Québec conteste que les services dispensés dans des ressources résidentielles dont la clientèle requiert une assistance

constituted an “adult residential care service”. In light of the process of deinstitutionalization that had taken place in Quebec starting in the 1960s, the Attorney General of Quebec argued that SSPD had to be considered care provided in the user’s “home” rather than in an “institution in respect of adults”. He also noted that this reality was reflected in the fact that users paid their own lodging and food expenses and sometimes signed their own leases.

[18] A political solution was never found to the dispute between the Quebec government and the federal government over cost sharing for these programs. To resolve the impasse, the Attorney General of Quebec commenced an action in the Federal Court on December 23, 1996, for a declaration that the federal government must reimburse to Quebec half the costs of SSS for the period from 1973 to 1996 and of SSPD for the period from 1986 to 1996. Initially, Quebec’s claim also included an aspect relating to services provided to juvenile delinquents for the period from 1979 to 1984, but as I mentioned above, that aspect was abandoned.

### III. Judicial History

#### A. *Federal Court, 2008 FC 713, 359 F.T.R 1 (de Montigny J.)*

[19] The Federal Court dismissed Quebec’s claim in its entirety. De Montigny J. first found that the costs of SSS could not be shared under the *CAP*. In his opinion, SSS were not “welfare services” within the meaning of s. 2 of the *CAP*, because they “had nothing to do with *CAP*’s anti-poverty objectives” (para. 323). Rather, they were social services that were intended for a universal clientele, namely Quebec school students, and that contributed to the educational mission of schools by ensuring that the work of social workers was focussed on problems related to school attendance and academic success.

[20] Even if SSS could have been considered “welfare services”, de Montigny J. would have

continue constituent des « soins en établissement pour adultes ». À la lumière du processus de désinstitutionalisation qui s’est opéré au Québec à partir des années 60, le procureur général du Québec soutient que les SSPH doivent être considérés comme des soins dispensés au « domicile » des usagers plutôt qu’au sein d’un « établissement pour adultes ». Il souligne d’ailleurs que cette réalité se traduit par le fait que ceux-ci assument leurs frais d’hébergement et d’alimentation et signent parfois eux-mêmes les baux de leur logement.

[18] Le conflit entre le gouvernement du Québec et le gouvernement fédéral au sujet du partage des coûts de ces programmes n’a jamais trouvé de solution politique. Devant l’impasse, le procureur général du Québec a intenté, le 23 décembre 1996, un recours en jugement déclaratoire devant la Cour fédérale en vue de faire reconnaître l’obligation du gouvernement fédéral de rembourser au Québec la moitié des coûts des SSMS pour la période 1973-1996 et des SSPH pour la période 1986-1996. Initialement, la réclamation du Québec incluait également un volet relatif aux services dispensés aux jeunes délinquants pour la période 1979-1984, qui a été abandonné comme je l’ai noté plus haut.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour fédérale, 2008 CF 713 (CanLII) (le juge de Montigny)*

[19] La Cour fédérale a rejeté complètement la réclamation du Québec. D’abord, le juge de Montigny a conclu que les coûts des SSMS n’étaient pas partageables en vertu du *RAPC*. À son avis, les SSMS ne constituent pas des « services de protection sociale » au sens de l’art. 2 du *RAPC* puisqu’ils « n’ont rien à voir avec [la] lutte à la pauvreté du *RAPC* » (par. 323). Ils sont plutôt des services sociaux qui s’adressent à une clientèle universelle, en l’occurrence les élèves québécois, et qui contribuent à la mission éducative de l’école en faisant des problèmes liés à la fréquentation et à la réussite scolaires le moteur de l’intervention des travailleurs sociaux.

[20] Même si les SSMS avaient pu être considérés comme des « services de protection sociale », le

denied the cost sharing sought by Quebec under the *CAP*, because those services fell under the exception for “any service relating wholly or mainly to education” set out in s. 2 of the *CAP*. The trial judge rejected the interpretation of the Attorney General of Quebec to the effect that the meaning of “*enseignement*” (the word used in the French version of the section as the equivalent for “education”) should be limited to the transmission of knowledge. Following a comparative analysis of the English and French versions of the *CAP*, he instead concluded that Parliament had opted for an open concept of education encompassing both traditional academic learning and the complete development of the child (para. 328).

[21] Next, de Montigny J. found that SSPD constituted an “adult residential care service” within the meaning of the *Fiscal Arrangements Act, 1977* and the *Fiscal Arrangements Regulations, 1977*, and that they were already subsidized under that Act. While he acknowledged that the process of deinstitutionalization had changed the nature of care provided to persons with disabilities, he expressed the opinion that the intensiveness of the services provided to users of residential resources with continuous assistance had remained more or less the same as it had been when patients were being placed in institutions. In his view, the intensiveness of services was inherent and implicit in the “institution” concept. Accordingly, relying on the *CAP*’s residual nature as provided for in s. 5(2)(c), he refused to require the federal government to share in the costs of SSPD for clients requiring continuous assistance.

B. *Federal Court of Appeal, 2009 FCA 361, 400 N.R. 323 (Létourneau, Nadon and Pelletier J.J.A.)*

[22] The Federal Court of Appeal dismissed the appeal of the Attorney General of Quebec. Létourneau J.A. first concluded that the trial judge’s analysis with respect to SSS was not open to criticism. He agreed with the finding that the object of SSS was not to fight poverty. Although he acknowledged that the *CAP* provided financing

juge de Montigny aurait refusé le partage réclamé par le Québec en vertu du *RAPC*, puisqu’ils étaient compris dans l’exception relative aux « services qui concernent uniquement ou principalement l’enseignement » à l’art. 2 du *RAPC*. Le premier juge a rejeté l’interprétation proposée par le procureur général du Québec, qui suggérait de réduire la signification du mot « enseignement » à la simple transmission de connaissances. Au terme d’une analyse croisée des versions anglaise et française du *RAPC*, il a plutôt conclu que le législateur avait opté pour une conception ouverte de l’enseignement englobant à la fois l’apprentissage scolaire traditionnel et le développement complet de l’enfant (par. 328).

[21] Ensuite, le juge de Montigny a conclu que les SSPH étaient des « soins en établissement pour adultes » au sens de la *Loi de 1977 sur les accords fiscaux* et du *Règlement de 1977 sur les accords fiscaux* et qu’ils étaient déjà subventionnés sous le régime de cette loi. Tout en reconnaissant que le processus de désinstitutionalisation avait changé le visage des soins dispensés aux personnes souffrant d’un handicap, il s’est dit d’avis que l’intensité des services offerts aux usagers des ressources résidentielles à assistance continue était demeurée sensiblement la même qu’à l’époque où les patients étaient placés en institution. À ses yeux, la notion d’intensité des services offerts était inhérente et implicite dans celle de soins en « établissement ». Par conséquent, il s’est appuyé sur la nature résiduelle du *RAPC*, consacrée par l’al. 5(2)c), pour refuser d’imposer au gouvernement fédéral le partage des coûts des SSPH dont la clientèle requiert une assistance continue.

B. *Cour d’appel fédérale, 2009 CAF 361, 400 N.R. 323 (les juges Létourneau, Nadon et Pelletier)*

[22] La Cour d’appel fédérale a rejeté l’appel du procureur général du Québec. Dans un premier temps, le juge Létourneau a conclu que l’analyse du juge de première instance à l’égard des SSMS ne prêtait le flanc à aucune critique. Il a plutôt confirmé son accord avec la conclusion que ces services n’avaient pas pour objet de lutter contre la pauvreté.

for social programs designed to prevent poverty, he concluded that the creation of such programs had to be justified by a “real rather than hypothetical imminence of need” (para. 24). In his view, therefore, the trial judge had been right to find that SSS were not eligible for cost sharing under the *CAP* as “welfare services”.

[23] Létourneau J.A. then dealt quickly with the eligibility of SSPD for cost sharing under the *CAP*, saying only that the trial judge had made no error that would justify the intervention of the Federal Court of Appeal on this point.

#### IV. Analysis

[24] This appeal raises issues of statutory interpretation that are complex owing to the number and the technical nature of the statutory provisions governing federal transfers to the provinces for social services. In essence, the Court must determine whether SSS and SSPD were eligible for cost sharing under the *CAP*. In the case of SSS, the fundamental issue is whether they were “welfare services provided in the province” within the meaning of s. 2 of the *CAP*. If so, it must then be determined whether they were nonetheless excluded from cost sharing under the *CAP* as a result of the exception for “any service relating wholly or mainly to education” set out in that same section. Where SSPD are concerned, it must be determined whether the federal government was already sharing in the costs of these services as “adult residential care service[s]” within the meaning of the *Fiscal Arrangements Act, 1977*. The relevant statutory provisions are reproduced in the Appendix.

[25] In *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, the importance of which it has often emphasized, this Court held that unless the trial judge made palpable and overriding errors in assessing the evidence, an appellate court’s

Bien qu’il ait reconnu que le *RAPC* permettait de financer des programmes sociaux visant à lutter contre la pauvreté de façon préventive, il a conclu que la mise en place de tels programmes devait être justifiée par une « réelle et non une hypothétique proximité des besoins » (par. 24). À son avis, c’est donc à bon droit que le juge de première instance a refusé de considérer les SSMS comme admissibles au partage en vertu du *RAPC* à titre de « services de protection sociale ».

[23] Dans un second temps, le juge Létourneau a disposé de l’admissibilité des SSPH au partage en vertu du *RAPC* de façon expéditive. Il s’est contenté d’affirmer que le jugement de première instance n’était entaché d’aucune erreur justifiant l’intervention de la Cour d’appel fédérale sur ce point.

#### IV. Analyse

[24] Ce pourvoi soulève des questions d’interprétation législative dont la complexité est attribuable au nombre et à la technicité des dispositions législatives régissant les transferts fédéraux aux provinces en matière de services sociaux. Essentiellement, la Cour doit déterminer si les SSMS et les SSPH sont admissibles au partage en vertu du *RAPC*. Dans le premier cas, la question fondamentale consiste à examiner si les SSMS sont des « services de protection sociale fournis dans la province » au sens de l’art. 2 du *RAPC*. Dans l’affirmative, il s’agira ensuite de déterminer si les SSMS sont néanmoins exclus du partage en vertu du *RAPC* par l’application de l’exception relative aux « services qui concernent uniquement ou principalement l’enseignement » contenue au même article. Dans le second cas, il faudra rechercher si le gouvernement fédéral partage déjà les coûts des SSPH à titre de « soins en établissement pour adultes » au sens de la *Loi de 1977 sur les accords fiscaux*. Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe.

[25] La décision rendue dans l’affaire *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, dont notre Cour a souvent souligné l’importance, rappelle qu’en l’absence d’erreurs manifestes et dominantes dans l’appréciation de la preuve, le débat



proceedings should be conducted on the basis of that judge's findings of fact. In the case at bar, the errors identified by the Attorney General of Quebec were not palpable and overriding errors. My analysis of the questions of law at issue in this appeal will therefore be based on the trial judge's findings of fact.

A. *SSS and the Definition of "Welfare Services Provided in the Province"*

[26] In this Court, the Attorney General of Quebec argues that SSS were "welfare services" within the meaning of s. 2 of the *CAP*. Although the services provided were universal in nature, he submits that SSS were intended to prevent poverty, since they were provided primarily to children from disadvantaged socio-economic backgrounds. The Attorney General of Quebec therefore contends that the trial judge erred in concluding that the concept of "welfare services" extended only to social services intended exclusively for persons in need (A.F., at para. 28). He submits that universal social programs were eligible, but that cost sharing was limited to services provided to the clientele covered by the *CAP* (A.F., at para. 41).

[27] In principle, the Attorney General of Quebec is correct that the definition of "welfare services" was not dependent on the target clientele of the social programs established by the provinces. It is indeed possible that not every recipient of a "welfare service" belonged to the clientele covered by the *CAP*. However, the Attorney General of Quebec's criticism of the trial judge in this respect is groundless. The trial judge found that in such cases, the federal government and the province concerned had established the proportion of costs eligible for cost sharing by means of a complex mechanism for dividing up the clientele (para. 56).

[28] However, in addition to this division of the clientele, the universal services in question had to

devant les cours d'appel doit se dérouler en fonction des faits constatés par le juge de première instance. En l'espèce, les erreurs identifiées par le procureur général du Québec ne sont pas des erreurs de ce type. Mon analyse des questions de droit en litige dans ce pourvoi se basera donc sur les conclusions de fait du juge de première instance.

A. *Les SSMS au regard de la définition des « services de protection sociale fournis dans la province »*

[26] Devant notre Cour, le procureur général du Québec plaide que les SSMS constituent des « services de protection sociale » au sens de l'art. 2 du *RAPC*. En dépit de l'universalité des services offerts, il argue que les SSMS combattent la pauvreté de façon préventive dans la mesure où ils sont principalement utilisés par des enfants provenant de milieux socio-économiques défavorisés. Le procureur général du Québec reproche donc au juge de première instance d'avoir conclu que la notion de « services de protection sociale » ne s'étendait qu'aux services sociaux destinés exclusivement aux personnes démunies (m.a., par. 28). Il prétend que les programmes sociaux à vocation universelle sont admissibles, quoique le partage des coûts sera limité aux services dispensés à la clientèle visée par le *RAPC* (m.a., par. 41).

[27] Sur le plan des principes, le procureur général du Québec a raison d'affirmer que la définition des « services de protection sociale » n'est pas tributaire de la clientèle visée par les programmes sociaux mis en place par les provinces. Il est effectivement possible que tous les bénéficiaires d'un « service de protection sociale » ne fassent pas partie de la clientèle visée par le *RAPC*. Cependant, ce reproche du procureur général du Québec à l'égard du juge de première instance est mal fondé. Dans un pareil cas, celui-ci a constaté que le gouvernement fédéral et la province concernée procédaient à un découpage faisant appel à un mécanisme complexe afin de déterminer la proportion des coûts admissibles au partage (par. 56).

[28] Mais au-delà de ce découpage, encore faut-il que les services universels en question respectent

be consistent with the provisions of the *CAP* on which cost sharing was based. In this regard, the relevant portions of the definitions of “welfare services” and “welfare services provided in the province” in s. 2 of the *CAP* read as follows:

2. . . .

“welfare services” means services having as their object the lessening, removal or prevention of the causes and effects of poverty, child neglect or dependence on public assistance . . . ;

“welfare services provided in the province” means welfare services provided in the province pursuant to the provincial law to . . . persons in need or persons who are likely to become persons in need unless those services are provided;

[29] Although the argument in the courts below concerned mainly the concept of “welfare services”, both these definitions are essential to an interpretation of the scope of s. 4(b) of the *CAP*. They seem to say that the federal government had to share in the costs of a service only if the service had an anti-poverty object *and* was provided to persons in need or persons who would become persons in need in the absence of such a service (*Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1993] 1 S.C.R. 1080, at p. 1123, *per* Sopinka J.). Thus, what must be determined in the instant case is whether the trial judge erred in concluding that SSS were not eligible for cost sharing under the *CAP*.

[30] To do this, it must first be determined what was meant by the words “services having as their object the lessening, removal or prevention of the causes and effects of poverty”. In my opinion, these words suggest that a “welfare service” had to have an anti-poverty *purpose*. Therefore, a service would not be considered a “welfare service” unless it had been established for the specific purpose of alleviating, eliminating or preventing poverty. In practice, this would require the existence of a *close connection* between the nature of the service and the eradication of the causes or effects of poverty.

les prescriptions du *RAPC* donnant ouverture au partage des coûts. À ce propos, il convient de reproduire les passages pertinents des définitions de « services de protection sociale » et de « services de protection sociale fournis dans la province » contenues à l’art. 2 du *RAPC* :

2. . . .

« services de protection sociale » Services qui ont pour objet d’atténuer, de supprimer ou de prévenir les causes et les effets de la pauvreté, du manque de soins à l’égard des enfants ou de la dépendance de l’assistance publique . . .

« services de protection sociale fournis dans la province » Services de protection sociale fournis dans la province en conformité avec la législation provinciale à des personnes nécessiteuses ou à des personnes qui deviendront vraisemblablement des personnes nécessiteuses si de tels services ne sont pas fournis . . .

[29] Bien que le débat devant les tribunaux inférieurs ait surtout porté sur la notion de « services de protection sociale », ces deux définitions sont essentielles pour interpréter la portée de l’al. 4b) du *RAPC*. À la lumière de celles-ci, il appert que le gouvernement fédéral ne devra partager les coûts d’un service que s’il a pour objet de lutter contre la pauvreté *et* s’il est dispensé à des personnes nécessiteuses ou à des personnes qui le deviendront en l’absence d’un tel service (*Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1993] 1 R.C.S. 1080, p. 1123, le juge Sopinka). En l’espèce, il s’agit donc de vérifier si le juge de première instance a commis une erreur en concluant que les SSMS n’étaient pas admissibles au partage en vertu du *RAPC*.

[30] Pour ce faire, il faut d’abord déterminer la signification des mots « [s]ervices qui ont pour objet d’atténuer, de supprimer ou de prévenir les causes et les effets de la pauvreté ». À mon avis, ce libellé suggère que la *raison d’être* d’un « service de protection sociale » doit être de lutter contre la pauvreté. Ainsi, un service ne sera qualifié de « service de protection sociale » que si sa mise sur pied a été spécifiquement motivée par la volonté de lutter contre la pauvreté de façon curative ou préventive. En pratique, cela se traduira par la présence d’un *lien étroit* entre la nature des services

From this standpoint, if an established service contributed to the fight against poverty only incidentally, indirectly or by extension, it could not be considered a “welfare service” for the purposes of cost sharing under the *CAP*, since the close connection requirement would not be met.

[31] In the instant case, the trial judge rejected the argument that there was a close connection between SSS and even the preventive aspect of the fight against poverty. Instead, he found that the true object of SSS was to contribute to the educational mission of schools. His finding was based on a careful examination of the testimonial and documentary evidence. He reviewed all the testimony and commented on the principal documentary evidence, which provided ample support for his finding. As a result, in my opinion, the Court has no reason to interfere with it. This finding is sufficient in itself for us to dismiss the appeal on this first aspect of the claim of the Attorney General of Quebec.

[32] However, the Attorney General of Quebec also argues that SSS were eligible for cost sharing under the *CAP* insofar as they were provided to a [TRANSLATION] “disadvantaged clientele” (A.F., at para. 64). With respect, this argument is erroneous. It is of course true that many students in Quebec’s school system were persons “in need” within the meaning of the *CAP*. It may also be true that many of the interventions by social workers in schools concerned such students. Nonetheless, the makeup of the school population did not alter the nature of SSS. Their purpose was to support educational activities, not to fight poverty, and this purpose did not qualify them for the cost-sharing mechanism in respect of social services. This is in fact what the trial judge concluded in stressing the actual purpose of SSS (para. 323).

[33] As a result of this conclusion, I do not have to rule on the interpretation issue raised by the

et l’éradication des causes ou des effets de la pauvreté. Dans cette perspective, si un service mis en place ne contribue à la lutte contre la pauvreté que de façon incidente, indirecte ou par extension, il ne pourra être qualifié de « service de protection sociale » aux fins du partage des coûts en vertu du *RAPC*. L’exigence du lien étroit fera alors défaut.

[31] En l’espèce, le juge de première instance a rejeté la prétention selon laquelle il existerait un lien étroit entre les SSMS et la lutte contre la pauvreté, même de façon préventive. Il a plutôt conclu que le véritable objet des SSMS était de contribuer à la mission éducative de l’école. Cette conclusion s’appuie sur une considération sérieuse de la preuve testimoniale et documentaire. En effet, le juge de Montigny a passé en revue tous les témoignages et commenté les principales pièces documentaires, qui supportent amplement cette conclusion. En conséquence, je suis d’avis que la Cour n’a aucune raison d’intervenir à l’égard de celle-ci. À elle seule, cette conclusion suffit pour emporter le rejet de l’appel quant à ce premier volet de la réclamation présentée par le procureur général du Québec.

[32] Toutefois, le procureur général du Québec plaide aussi que les SSMS sont admissibles au partage en vertu du *RAPC* dans la mesure où ils sont dispensés à une « clientèle défavorisée » (m.a., par. 64). Avec égards, cette prétention est erronée. Il est sans doute exact que bon nombre des élèves du réseau scolaire québécois sont des personnes nécessiteuses au sens du *RAPC*. Il est possible aussi que beaucoup des interventions des travailleurs sociaux en milieu scolaire s’effectuent en rapport avec ces élèves. Cependant, la composition de la clientèle scolaire ne change pas la nature des SSMS. En effet, ceux-ci demeurent un programme destiné au soutien des activités du réseau scolaire, et non à la lutte contre la pauvreté. Sa finalité ne permet pas de le rendre admissible au mécanisme de partage des coûts des services sociaux. C’est ce qu’avait d’ailleurs conclu le juge de première instance en insistant sur la finalité propre aux SSMS (par. 323).

[33] En raison de cette conclusion, je n’ai pas à me prononcer sur la question d’interprétation soulevée

appellant concerning the exclusion of “any service relating wholly or mainly to education” under s. 2 of the *CAP*. I will therefore turn now to the issue of cost sharing for SSPD.

*B. Meaning of the Word “Institution” in the Fiscal Arrangements Act, 1977 and Cost Sharing for SSPD*

[34] Until April 1, 1977, the *CAP* was the source of federal funding for the costs of social services provided to persons with disabilities living in residential resources insofar as those services were provided in a “home for special care” within the meaning of s. 2 of the *CAP*. But the coming into force of the *Fiscal Arrangements Act, 1977* fundamentally changed the rules for sharing the costs of SSPD. Because of the creation of a program to finance extended health care services, some of the services formerly funded under the *CAP* as “homes for special care” then began to be funded as “adult residential care services” under the *Fiscal Arrangements Act, 1977*. And s. 5(2)(c) of the *CAP* continued to confirm the *CAP*’s residual nature by providing that the costs that could be shared under the *CAP* did not include the costs of services shared by the federal government and the provinces pursuant to another Act of Parliament. It was the application of this principle that led to the differences between the Quebec government and the federal authorities.

[35] After the *Fiscal Arrangements Act, 1977* came into force, the *CAP* continued to be the source of federal funding for the costs of SSPD for clients who did not require continuous assistance. But on the basis of s. 5(2)(c) of the *CAP*, the federal government refused to share in the costs of SSPD for clients who required continuous assistance. In its view, such services basically constituted an “adult residential care service” within the meaning of the *Fiscal Arrangements Act, 1977*.

[36] To determine whether SSPD were eligible for cost sharing under the *CAP*, the only question

par l’appellant à propos de l’application de l’exclusion contenue à l’art. 2 du *RAPC* relative aux « services qui concernent uniquement ou principalement l’enseignement ». Je passerai donc maintenant à l’examen du problème de partage des coûts des SSPH.

*B. La signification du mot « établissement » dans la Loi de 1977 sur les accords fiscaux et le partage des coûts des SSPH*

[34] Jusqu’au 1<sup>er</sup> avril 1977, le gouvernement fédéral a partagé, en vertu du *RAPC*, les coûts des services sociaux dispensés à des personnes handicapées vivant en ressources résidentielles dans la mesure où ceux-ci étaient dispensés dans des « foyers de soins spéciaux » au sens de l’art. 2 du *RAPC*. L’entrée en vigueur de la *Loi de 1977 sur les accords fiscaux* a cependant modifié en profondeur les règles de partage des coûts des SSPH. En raison de la création d’un programme visant à financer les services complémentaires de santé, certains services, auparavant financés en vertu du *RAPC* à titre de « foyers de soins spéciaux », l’ont été désormais à titre de « soins en établissement pour adultes » en vertu de la *Loi de 1977 sur les accords fiscaux*. Par ailleurs, l’al. 5(2)c) du *RAPC* confirmait toujours le caractère résiduel du *RAPC*, en disposant que les frais partageables au sens du *RAPC* excluent les coûts des services dont le partage entre le gouvernement fédéral et les provinces est prévu dans une autre loi fédérale. L’application de ce principe a alors provoqué des difficultés entre le gouvernement du Québec et les autorités fédérales.

[35] Après l’entrée en vigueur de la *Loi de 1977 sur les accords fiscaux*, le gouvernement fédéral a continué de partager en vertu du *RAPC* les coûts liés aux SSPH dont la clientèle ne requiert pas une assistance continue. Cependant, il s’est appuyé sur l’al. 5(2)c) du *RAPC* pour refuser de partager les coûts des SSPH dont la clientèle nécessite une assistance continue. Pour le gouvernement fédéral, ces derniers services sont essentiellement des « soins en établissement pour adultes » au sens de la *Loi de 1977 sur les accords fiscaux*.

[36] L’unique question sur laquelle notre Cour est appelée à se prononcer pour statuer sur

this Court must answer concerns the meaning of the “adult residential care service” concept referred to in s. 27(8) of the *Fiscal Arrangements Act, 1977*. As I mentioned above, the appellant argues that SSPD could not be characterized as adult residential care services because they were provided in the recipient’s “home”. This argument has two aspects, which I will discuss in turn: the first concerns the very nature of residential resources, while the second relates to the range of services offered in such resources.

[37] Section 24 of the *Fiscal Arrangements Regulations, 1977* must be considered in analysing the Attorney General of Quebec’s argument. I believe it will be helpful here to reproduce, in part, this provision, which defined the term “institution” for the purposes of the federal program:

24. (1) For the purposes of this section,

. . . .

“institution” means

(a) in the case of a service other than converted mental hospitals, a facility or portion of a facility that qualifies as a home for special care under section 8 of the *Canada Assistance Plan Regulations* . . . .

(2) . . .

(b) “adult residential care service” means a service provided in an institution in respect of adults consisting of

(i) personal and supervisory care according to the individual requirements of residents of the institution,

(ii) assistance with the activities of daily living and social, recreational and other related services to meet the psycho-social needs of the residents of the institution,

(iii) services required in the operation of the institution, and

(iv) the provision of room and board . . . .

l’admissibilité des SSPH au partage en vertu du *RAPC* concerne la signification de la notion de « soins en établissement pour adultes » contenue au par. 27(8) de la *Loi de 1977 sur les accords fiscaux*. Comme je le rappelle plus haut, l’appelant n’admet pas que les SSPH soient ainsi qualifiés parce qu’il considère que ceux-ci sont dispensés au « domicile » des bénéficiaires. Cette prétention de l’appelant comporte deux dimensions, que j’examinerai successivement : la première porte sur la nature même des ressources résidentielles, tandis que la seconde a trait à l’étendue des services offerts au sein de celles-ci.

[37] L’article 24 du *Règlement de 1977 sur les accords fiscaux* constitue une disposition essentielle dans l’analyse de l’argument du procureur général du Québec. Je crois utile de reproduire ici en partie le texte de cette disposition qui détermine la nature d’un établissement pour l’application du programme fédéral :

24. (1) Aux fins du présent article,

. . . .

« établissement » désigne

a) dans le cas d’un service autre que celui en hôpitaux psychiatriques convertis, un établissement ou une partie d’un établissement qui répond à la définition d’un foyer de soins spéciaux en vertu de l’article 8 du *Règlement du Régime d’assistance publique du Canada* . . .

(2) . . .

b) « soins en établissement pour adultes » désigne un service dispensé par un établissement pour adultes et comprenant

(i) les soins personnels et de surveillance selon les besoins des résidents de l’établissement,

(ii) l’aide dispensée aux résidents de l’établissement pour leur permettre d’accomplir des activités courantes, des activités récréatives et sociales, et d’autres services connexes pour satisfaire à leurs besoins psycho-sociaux,

(iii) les services nécessaires à l’exploitation de l’établissement, et

(iv) les repas et le logement . . .

[38] The Attorney General of Quebec contends, first, that residential resources were not “institutions” within the meaning of s. 8(f) of the *Canada Assistance Plan Regulations*, C.R.C. 1978, c. 382 (“*CAP Regulations*”), which read as follows:

8. For the purposes of the definition “home for special care” in section 2 of the Act, the following kinds of residential welfare institutions are prescribed for the purposes of the Act as homes for special care:

. . .

(f) any residential welfare institution the primary purpose of which is to provide residents thereof with supervisory, personal or nursing care or to rehabilitate them socially,

the standards of which . . . are, in the opinion of the provincial authority, in accordance with the standards generally accepted in the province for residential welfare institutions of that kind.

[39] Relying on the last part of this provision, the Attorney General of Quebec submits that the criteria provided for in a Quebec statute, the *Act respecting health services and social services and amending various legislation*, S.Q. 1991, c. 42 (“*AHSSS*”), had to be applied to determine whether a residential resource could be characterized as an “institution” within the meaning of the *CAP Regulations*. I disagree. In my opinion, the Attorney General of Quebec is wrong in law to state that s. 8(f) of the *CAP Regulations* incorporated provincial legislation to establish the criteria for *characterizing* a residential facility for persons with disabilities as an “institution”. I believe that the reference to provincial legislation instead concerned the *quality* of the services provided in such facilities.

[40] The concluding words of s. 8 of the *CAP Regulations* must therefore be understood to state a condition that costs were to be shared only if “standards generally accepted in the province” were met. Thus, the obligation assumed by the

[38] Le procureur général du Québec prétend d’abord que les ressources résidentielles ne sont pas des « établissements » au sens de l’al. 8f) du *Règlement du Régime d’assistance publique du Canada*, C.R.C. 1978, ch. 382 (« *Règlement du RAPC* »). Celui-ci prévoit que :

8. Aux fins de la définition de « foyer de soins spéciaux » de l’article 2 de la Loi, les catégories suivantes d’établissements résidentiels de bien-être social sont prescrites aux fins de la Loi comme étant des foyers de soins spéciaux :

. . .

f) tout établissement de bien-être social dont le principal objet est de fournir à ses résidents des soins personnels ou infirmiers ou de les réadapter socialement,

dont les normes [. . .] sont, de l’avis de l’autorité provinciale, conformes aux normes généralement agréées dans la province relativement aux établissements de bien-être social de ce genre.

[39] Le procureur général du Québec s’appuie sur la dernière partie de cette disposition pour affirmer que les critères prévus dans la *Loi sur les services de santé et les services sociaux et modifiant diverses dispositions législatives*, L.Q. 1991, ch. 42 (« *LSSSS* »), une loi québécoise, doivent être utilisés pour déterminer si les ressources résidentielles seront qualifiées d’« établissement » au sens du *Règlement du RAPC*. Je ne souscris pas à cette interprétation. À mon avis, le procureur général du Québec commet une erreur de droit lorsqu’il affirme que l’al. 8f) du *Règlement du RAPC* opère un renvoi à la législation provinciale au sujet des critères permettant de *qualifier* d’« établissement » un lieu d’hébergement pour personnes handicapées. Je crois plutôt que le renvoi à la législation provinciale vise la *qualité* des services qui y sont dispensés.

[40] Ainsi, il faut lire l’art. 8 *in fine* du *Règlement du RAPC* comme une condition visant à assujettir le partage des coûts au respect des « normes généralement agréées dans la province ». C’est donc dire qu’en vertu du *RAPC*, le gouvernement fédéral

federal government under the *CAP* was to share in the costs of services provided in “homes for special care” only if the services met quality standards set out in the provincial legislation applicable to that type of institution. It is reasonable to conclude that the federal government was simply ensuring that it would not share in the costs of services that did not meet provincial quality standards. From this perspective, the concluding words of s. 8 represented neither more nor less than a guarantee for the federal government that the *CAP* would not be a blank cheque given to the provinces without regard for the quality of the services provided. I agree with the respondent that setting out in Schedule A to the agreement entered into with Quebec under s. 4 of the *CAP* a list of the “homes for special care” approved in accordance with provincial standards was the best way to secure that guarantee (R.F., at para. 169).

[41] Moreover, it must not be forgotten that the *CAP* was established by a spending statute whose purpose was to remedy an imbalance that had been observed between the federal government’s tax revenues and the expenses incurred by the provinces. The Attorney General of Quebec’s argument would therefore mean that the Parliament of Canada left it up to the provinces to determine the scope of a federal spending statute. I cannot believe that this was Parliament’s intention at the time the *CAP* was drafted.

[42] If this were the interpretation to be given to s. 8(f) of the *CAP Regulations*, it would have to be concluded that, before the *CAP* was repealed, it would have been open to each province to amend its legislation to change the criteria for what it considered to be “institutions” in order to avoid the application of the residual exception of s. 5(2)(c) of the *CAP*. As the respondent states in her factum, the effect of the interpretation suggested by the Attorney General of Quebec would have been [TRANSLATION] “to deprive the Government of Canada of any power to assess the provinces’ claims under the legislation it was responsible for administering” (para. 168). For these reasons, the argument

n’assumait l’obligation de partager les coûts des services dispensés dans les « foyers de soins spéciaux » que dans la mesure où ils respectaient les normes de qualité prévues dans la législation provinciale à l’égard de ce type d’établissement. Il est raisonnable de conclure que le gouvernement fédéral se soit simplement assuré de ne pas partager les coûts des services dont la qualité ne respecte pas les normes provinciales. Dans cette optique, l’art. 8 *in fine* représentait ni plus ni moins qu’une garantie pour le gouvernement fédéral que le *RAPC* ne constituait pas un chèque en blanc donné aux provinces, sans égards à la qualité des services fournis. À mon avis, l’intimée a raison d’affirmer que la mention, dans l’annexe A de l’accord conclu avec le Québec en vertu de l’art. 4 du *RAPC*, des « foyers de soins spéciaux » agréés selon les normes provinciales représentait la méthode appropriée pour obtenir cette garantie (m.i., par. 169).

[41] En outre, il ne faut pas oublier que le *RAPC* a été institué par une loi de crédits ayant pour objet de remédier à un déséquilibre constaté entre les recettes fiscales perçues par le gouvernement fédéral et les dépenses supportées par les provinces. En ce sens, la prétention du procureur général du Québec signifierait que le Parlement du Canada aurait laissé aux provinces le soin de déterminer la portée d’une loi de crédits fédérale. Je suis incapable de me convaincre que telle ait pu être l’intention du législateur fédéral au moment de rédiger le *RAPC*.

[42] Si telle était l’interprétation à donner à l’al. 8f) du *Règlement du RAPC*, il faudrait se résoudre à conclure qu’avant l’abrogation du *RAPC*, il aurait été loisible aux provinces de modifier leur législation respective afin de changer les paramètres de ce qu’elles considèrent comme des « établissements » dans le but d’échapper à l’application de l’exception résiduelle prévue à l’al. 5(2)c) du *RAPC*. Comme l’affirme l’intimée dans son mémoire, l’interprétation suggérée par le procureur général du Québec aurait « pour effet de priver le gouvernement du Canada de tout pouvoir d’appréciation des réclamations des provinces en regard de la législation qu’il a pour mandat d’administrer » (par. 168). Pour

that the *AHSSS* had to be applied in interpreting the meaning of the term “institution” in the federal statute and regulations must be rejected.

[43] The Attorney General of Quebec also insists that the range of services offered in residential resources did not meet the cumulative conditions set out in s. 24(2)(b) of the *Fiscal Arrangements Regulations, 1977*, which defined “adult residential care service”. He argues that residential resources could not be considered “institutions” within the meaning of that provision because they did not provide recipients with room and board. The essence of the Attorney General of Quebec’s interpretation is that residential resources did not “provide” services relating to room and board, because the recipients paid for those services themselves.

[44] This argument must also be rejected. The fact that most recipients of SSPD paid the costs of their own room and board — using social security benefits — does not mean that residential resources did not provide them with those services. The evidence at trial showed that the recipients did not do their own grocery shopping or cook their own meals (para. 405) and that, although some recipients signed leases, reception and rehabilitation centres (“CAR”) or rehabilitation centres for mentally impaired persons (“CRDI”) always co-ordinated and supervised, from an administrative standpoint, the activities of residential resources, which were responsible for placing and moving recipients (para. 395). The recipients had no choice in this respect.

[45] Accordingly, even assuming that the amount of social assistance benefits covered all costs of the recipients’ room and board — although this seems doubtful — it is impossible to conclude that those services were not provided by an institution for adults within the meaning of s. 24(2)(b) of the *Fiscal Arrangements Regulations, 1977*. In fact, without the support of CAR or of CRDI, recipients of SSPD who required continuous assistance

ces raisons, l’argument selon lequel la *LSSSS* doit servir à interpréter la notion d’« établissement » contenue dans la législation et la réglementation fédérales doit être rejeté.

[43] Ensuite, le procureur général du Québec insiste sur le fait que la gamme des services offerts au sein des ressources résidentielles ne répond pas aux conditions cumulatives prévues à l’al. 24(2)(b) du *Règlement de 1977 sur les accords fiscaux*, qui définit la notion de « soins en établissement pour adultes ». Il plaide que les ressources résidentielles ne peuvent être considérées comme des « établissements » au sens de cet alinéa car elles ne fournissent pas les repas et le logement aux bénéficiaires. L’interprétation suggérée par le procureur général du Québec est basée sur la conception que les ressources résidentielles ne « dispensent » pas les services relatifs aux repas et au logement des bénéficiaires puisque ceux-ci en défraient eux-mêmes les coûts.

[44] Cet argument doit également être rejeté. Ce n’est pas parce que la plupart des bénéficiaires des SSPH défraient eux-mêmes les coûts de leurs repas et de leur logement — à l’aide de prestations de sécurité sociale — que les ressources résidentielles ne leur dispensent pas ces services. À l’égard des repas, la preuve au procès a révélé que les bénéficiaires ne font ni l’épicerie ni la cuisine eux-mêmes (par. 405). Quant au logement, selon la preuve, bien que certains bénéficiaires signent un bail, les centres d’accueil et de réadaptation (« CAR ») ou les centres de réadaptation en déficience intellectuelle (« CRDI »), coordonnent et surveillent toujours sur le plan administratif l’activité des ressources résidentielles, qui assument la responsabilité de placer ou de déplacer les bénéficiaires (par. 395). Ce choix n’appartient pas aux bénéficiaires.

[45] Par conséquent, même en présumant que le montant des prestations d’assistance sociale couvre la totalité des dépenses liées aux repas et au logement des bénéficiaires — ce qui apparaît néanmoins douteux —, il est impossible de conclure que ces services ne sont pas dispensés par un établissement pour adultes au sens de l’al. 24(2)(b) du *Règlement de 1977 sur les accords fiscaux*. En réalité, sans le soutien des CAR ou des CRDI, les



would have been unable to feed themselves and would not have been lodged in this type of residential resource. In the final analysis, I cannot conclude, as the Attorney General of Quebec suggests, that residential resources provided home care rather than an “adult residential care service”. Deinstitutionalization was a valid social objective, but it did not change the legal framework established under the relevant federal legislation for cost sharing under the *CAP*.

[46] I agree with the trial judge that the intensiveness of the services provided by residential resources was a key factor in characterizing such resources as “homes for special care” that provided “adult residential care services”. Although intensiveness was not, *per se*, a classification criterion under s. 24(2)(b) of the *Fiscal Arrangements Regulations, 1977*, it seems obvious to me that it was implicit in all the cumulative factors set out in that section. It was even explicit in s. 24(2)(b)(ii), which referred to services provided to recipients to assist with the activities of daily living as well as social and recreational services.

[47] Therefore, a residential resource that did not provide all these services would not have had the “intensiveness” needed to qualify under s. 24(2)(b)(ii). Conversely, a residential resource that provided all the services referred to in s. 24(2)(b) of the *Fiscal Arrangements Regulations, 1977* would legitimately have been considered to be providing an “adult residential care service”. It could be concluded that such a resource was an institution “the primary purpose of which is to provide residents thereof with supervisory, personal or nursing care or to rehabilitate them socially” within the meaning of s. 8(f) of the *CAP Regulations*.

[48] In the instant case, the trial judge’s findings of fact show that residential resources in which SSPD were provided and whose clients

bénéficiaires des SSPH dont la condition requiert une assistance continue seraient incapables de se nourrir et ne seraient pas logés dans de telles ressources résidentielles. En définitive, je ne peux conclure, comme le procureur général du Québec le suggère, que les ressources résidentielles dispensent des soins à domicile plutôt que des « soins en établissement pour adultes ». La désinstitutionalisation constitue un objectif social valable, mais elle ne modifie pas le cadre juridique établi en vertu des lois fédérales pertinentes pour le partage des coûts en vertu du *RAPC*.

[46] À l’instar du juge de première instance, je suis d’avis que l’intensité des services offerts par les ressources résidentielles représente un paramètre central de la qualification de celles-ci à titre de « foyers de soins spéciaux » au sein desquels sont dispensés des « soins en établissement pour adultes ». Quoique l’intensité ne soit pas en soi un critère de qualification en vertu de l’al. 24(2)(b) du *Règlement de 1977 sur les accords fiscaux*, il me semble évident que cette notion est implicite à l’ensemble des paramètres qui y sont cumulativement énoncés. Elle est même explicite au regard du sous-al. 24(2)(b)(ii) qui fait référence aux services qui sont dispensés aux bénéficiaires afin de leur permettre d’accomplir leurs activités courantes, récréatives et sociales.

[47] Ainsi, une ressource résidentielle qui ne fournirait pas l’ensemble de ces services ne posséderait pas l’« intensité » nécessaire pour se qualifier en vertu de ce sous-alinéa. À l’inverse, une ressource résidentielle qui dispense l’ensemble des services mentionnés à l’al. 24(2)(b) du *Règlement de 1977 sur les accords fiscaux* sera légitimement considérée comme prodiguant des « soins en établissement pour adultes ». Dans un tel cas, il sera possible de conclure que l’établissement en question a pour « principal objet [. . .] de fournir à ses résidents des soins personnels ou infirmiers ou de les réadapter socialement » au sens de l’al. 8(f) du *Règlement sur le RAPC*.

[48] En l’espèce, les conclusions de fait du juge de première instance démontrent que les ressources résidentielles au sein desquelles sont dispensés les

required continuous assistance were institutions to which s. 24(2)(b) of the *Fiscal Arrangements Regulations, 1977* applied. De Montigny J. was correct in concluding that the services provided in residential resources covered “all aspects of daily living” (para. 405). Since the Attorney General of Quebec has failed to identify any error warranting the Court’s intervention, the residual exception in s. 5(2)(c) of the *CAP* must apply, as the federal government shared in the costs of the services provided by the institutions in question pursuant to another Act, the *Fiscal Arrangements Act, 1977*. As a result, cost sharing for SSPD under the *CAP* could not be ordered.

#### V. Disposition

[49] For these reasons, the appeal is dismissed with costs.

### APPENDIX

*Canada Assistance Plan, R.S.C. 1985, c. C-1*

[Preamble] WHEREAS the Parliament of Canada, recognizing that the provision of adequate assistance to and in respect of persons in need and the prevention and removal of the causes of poverty and dependence on public assistance are the concern of all Canadians, is desirous of encouraging the further development and extension of assistance and welfare services programs throughout Canada by sharing more fully with the provinces in the cost thereof;

#### INTERPRETATION

2. In this Act,

“assistance” means aid in any form to or in respect of persons in need for the purpose of providing or providing for all or any of the following:

SSPH dont la clientèle requiert une assistance continue correspondent à des établissements visés par l’al. 24(2)(b) du *Règlement de 1977 sur les accords fiscaux*. En effet, le juge de Montigny a conclu à juste titre que les services dispensés dans les ressources résidentielles couvraient « tous les aspects de la vie quotidienne » (par. 405). Puisque le procureur général du Québec n’a pu identifier aucune erreur justifiant l’intervention de la Cour, l’exception résiduelle de l’al. 5(2)(c) du *RAPC* doit donc trouver application, puisque le gouvernement fédéral partage les coûts des services des établissements en question en vertu d’une autre loi, soit la *Loi de 1977 sur les accords fiscaux*. En conséquence, le partage des coûts des SSPH en vertu du *RAPC* ne pouvait être ordonné.

#### V. Dispositif

[49] Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté avec dépens.

### ANNEXE

*Régime d’assistance publique du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-1*

[Préambule] Considérant que le Parlement du Canada, reconnaissant que l’instauration de mesures convenables d’assistance publique pour les personnes nécessiteuses et que la prévention et l’élimination des causes de pauvreté et de dépendance de l’assistance publique intéressent tous les Canadiens, désire encourager l’amélioration et l’élargissement des régimes d’assistance publique et des services de protection sociale dans tout le Canada en partageant dans une plus large mesure avec les provinces les frais de ces programmes,

#### DÉFINITIONS

2. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

« assistance publique » Aide sous toutes ses formes aux personnes nécessiteuses ou à leur égard en vue de fournir, ou de prendre les mesures pour que soient fournis, l’ensemble ou l’un quelconque ou plusieurs des services suivants :

(a) food, shelter, clothing, fuel, utilities, household supplies and personal requirements (hereinafter referred to as “basic requirements”),

(b) prescribed items incidental to carrying on a trade or other employment and other prescribed special needs of any kind,

(c) care in a home for special care,

(d) travel and transportation,

(e) funerals and burials,

(f) health care services,

(g) prescribed welfare services purchased by or at the request of a provincially approved agency, and

(h) comfort allowances and other prescribed needs of residents or patients in hospitals or other prescribed institutions;

. . .

“home for special care” means a residential welfare institution that is of a kind prescribed for the purposes of this Act as a home for special care and that is listed in a schedule to an agreement under section 4, but does not include a hospital, correctional institution or institution whose primary purpose is education, other than that part of a hospital that is used as a residential welfare institution and that is listed in a schedule to an agreement under section 4;

. . .

“person in need” means

(a) a person who, by reason of inability to obtain employment, loss of the principal family provider, illness, disability, age or other cause of any kind acceptable to the provincial authority, is found to be unable, on the basis of a test established by the provincial authority that takes into account the budgetary requirements of that person and the income and resources

a) la nourriture, le logement, le vêtement, le combustible, les services d'utilité publique, les fournitures ménagères et les services répondant aux besoins personnels (ci-après appelés « besoins fondamentaux »);

b) les articles réglementaires, accessoires à l'exercice d'un métier ou autre emploi, ainsi que les services répondant aux autres besoins spéciaux réglementaires de toute nature;

c) les soins dans un foyer de soins spéciaux;

d) les déplacements et moyens de transport;

e) les obsèques et enterrements;

f) les services de santé;

g) les services réglementaires de protection sociale dont l'acquisition est faite par un organisme approuvé par une province ou à la demande d'un tel organisme;

h) les allocations de menues dépenses et autres services réglementaires répondant aux besoins des résidents ou malades des hôpitaux ou autres établissements réglementaires.

. . .

« foyer de soins spéciaux » Établissement de protection sociale qui est d'un genre défini par règlement, pour l'application de la présente loi, à titre de foyer de soins spéciaux et qui figure dans la liste d'une annexe à un accord conclu en vertu de l'article 4. Sont exclus de la présente définition les hôpitaux, les établissements correctionnels et les établissements dont le principal objet est l'enseignement, à l'exception de la partie d'un hôpital utilisée à titre d'établissement résidentiel de protection sociale et qui figure dans la liste d'une annexe à un accord conclu en vertu de l'article 4.

. . .

« personne nécessiteuse » Selon le cas :

a) personne qui, par suite de son incapacité d'obtenir un emploi, de la perte de son principal soutien de famille, de sa maladie, de son invalidité, de son âge ou de toute autre cause acceptable pour l'autorité provinciale, est reconnue incapable — sur vérification par l'autorité provinciale qui tient compte des besoins matériels de cette personne et des revenus et ressources

available to that person to meet those requirements, to provide adequately for himself, or for himself and his dependants or any of them, or

(b) a person under the age of twenty-one years who is in the care or custody or under the control or supervision of a child welfare authority, or a person who is a foster-child as defined by regulation,

and for the purposes of paragraph (e) of the definition “assistance” includes a deceased person who was a person described in paragraph (a) or (b) of this definition at the time of his death or who, although not such a person at the time of his death, would have been found to be such a person if an application for assistance to or in respect of him had been made immediately before his death;

. . .

“welfare services” means services having as their object the lessening, removal or prevention of the causes and effects of poverty, child neglect or dependence on public assistance, and, without limiting the generality of the foregoing, includes

- (a) rehabilitation services,
- (b) casework, counselling, assessment and referral services,
- (c) adoption services,
- (d) homemaker, day-care and similar services,
- (e) community development services,
- (f) consulting, research and evaluation services with respect to welfare programs, and
- (g) administrative, secretarial and clerical services, including staff training, relating to the provision of any of the foregoing services or to the provision of assistance,

but does not include any service relating wholly or mainly to education, correction or any other matter

dont elle dispose pour satisfaire ces besoins — de subvenir convenablement à ses propres besoins ou à ses propres besoins et à ceux des personnes qui sont à sa charge ou de l’une ou plusieurs d’entre elles;

b) personne âgée de moins de vingt et un ans qui est confiée aux soins ou à la garde d’une autorité chargée de la protection infantile ou placée sous le contrôle ou la surveillance d’une telle autorité, ou personne qui est un enfant placé en foyer nourricier selon la définition des règlements.

Pour l’application de l’alinéa e) de la définition de « assistance publique », est assimilée à une personne nécessiteuse une personne décédée qui était une personne visée par l’alinéa a) ou b) de la présente définition au moment de son décès ou qui, bien qu’elle ne fût pas une telle personne au moment de son décès, aurait été reconnue être une telle personne si une demande d’assistance publique avait été faite pour elle ou à son égard immédiatement avant son décès.

. . .

« services de protection sociale » Services qui ont pour objet d’atténuer, de supprimer ou de prévenir les causes et les effets de la pauvreté, du manque de soins à l’égard des enfants ou de la dépendance de l’assistance publique et notamment :

- a) services de réadaptation;
- b) services sociaux personnels, services d’orientation, d’évaluation des besoins et de référence;
- c) services d’adoption;
- d) services ménagers à domicile, services de soins de jour et autres services similaires;
- e) services de développement communautaire;
- f) services de consultation, de recherche et d’évaluation en ce qui concerne les programmes de protection sociale;
- g) services administratifs, de secrétariat et de commis aux écritures, y compris ceux de formation du personnel, relatifs à la fourniture de tout service mentionné ci-dessus ou de l’assistance publique.

Sont exclus de la présente définition les services qui concernent uniquement ou principalement

prescribed by regulation or, except for the purposes of the definition “assistance”, any service provided by way of assistance;

“welfare services provided in the province” means welfare services provided in the province pursuant to the provincial law to or in respect of persons in need or persons who are likely to become persons in need unless those services are provided;

. . . .

#### *Agreement Authorized*

4. Subject to this Act, the Minister may, with the approval of the Governor in Council, enter into an agreement with any province to provide for the payment by Canada to the province of contributions in respect of the cost to the province and to municipalities in the province of

(a) assistance provided by or at the request of provincially approved agencies pursuant to the provincial law; and

(b) welfare services provided in the province by provincially approved agencies pursuant to the provincial law.

#### *Contributions*

5. . . .

(2) In this section, “cost” does not include,

. . . .

(c) any cost that Canada has shared or is required to share in any manner with the province, or that Canada has borne or is required to bear, pursuant to any other Part or pursuant to any Act of Parliament . . . .

*Canada Assistance Plan Regulations, C.R.C. 1978, c. 382*

8. For the purposes of the definition “home for special care” in section 2 of the Act, the following kinds of residential welfare institutions are prescribed for the purposes of the Act as homes for special care:

l’enseignement, la correction ou tout autre domaine réglementaire ou, sauf pour l’application de la définition de « assistance publique », les services fournis sous forme d’assistance publique.

« services de protection sociale fournis dans la province » Services de protection sociale fournis dans la province en conformité avec la législation provinciale à des personnes nécessiteuses ou à des personnes qui deviendront vraisemblablement des personnes nécessiteuses si de tels services ne sont pas fournis, ou à leur égard.

. . . .

#### *Accord autorisé*

4. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, avec l’approbation du gouverneur en conseil, conclure avec toute province un accord prévoyant le paiement, par le Canada à la province, de contributions aux frais encourus par la province et des municipalités de la province, au titre :

a) de l’assistance publique fournie, en conformité avec la législation provinciale, par des organismes approuvés par la province ou à la demande de ceux-ci;

b) des services de protection sociale fournis, en conformité avec la législation provinciale, dans la province par des organismes approuvés par la province.

#### *Contributions*

5. . . .

(2) Au présent article, l’expression « frais » ne comprend pas :

. . . .

c) tous frais que le Canada a partagés ou est tenu de partager de quelque manière avec la province, ou que le Canada a supportés ou est tenu de supporter, en conformité avec quelque autre partie ou avec quelque loi fédérale;

*Règlement du Régime d’assistance publique du Canada, C.R.C. 1978, ch. 382*

8. Aux fins de la définition de « foyer de soins spéciaux » de l’article 2 de la Loi, les catégories suivantes d’établissements résidentiels de bien-être social sont prescrites aux fins de la Loi comme étant des foyers de soins spéciaux :

- (a) homes for the aged,
- (b) nursing homes,
- (c) hostels for transients,
- (d) child care institutions,
- (e) homes for unmarried mothers, and
- (f) any residential welfare institution the primary purpose of which is to provide residents thereof with supervisory, personal or nursing care or to rehabilitate them socially,

the standards of which (except for the purposes of clause 5(1)(b)(i)(B) of the Act) are, in the opinion of the provincial authority, in accordance with the standards generally accepted in the province for residential welfare institutions of that kind.

*Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Established Programs Financing Act, 1977, S.C. 1976-77, c. 10*

27. . . .

(8) In this Part, the “extended health care services program” with respect to a province is a program that consists of the following services, as more particularly defined in the regulations, provided for residents of the province, namely,

- (a) nursing home intermediate care service;
- (b) adult residential care service;
- (c) converted mental hospitals;
- (d) home care service; and
- (e) ambulatory health care service.

*Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Established Programs Financing Regulations, 1977, SOR/78-587*

24. (1) For the purposes of this section,

. . . .

“institution” means

- (a) in the case of a service other than converted mental hospitals, a facility or portion of

- a) les foyers de vieillards,
- b) les maisons de repos,
- c) les auberges pour les indigents ambulants,
- d) les établissements de soins pour enfants,
- e) les foyers pour mères célibataires, et
- f) tout établissement de bien-être social dont le principal objet est de fournir à ses résidents des soins personnels ou infirmiers ou de les réadapter socialement,

dont les normes (sauf aux fins de la disposition 5(1)(b)(i)(B) de la Loi) sont, de l’avis de l’autorité provinciale, conformes aux normes généralement agréées dans la province relativement aux établissements de bien-être social de ce genre.

*Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis, L.C. 1976-77, ch. 10*

27. . . .

(8) Dans la présente Partie, « programme des services complémentaires de santé », en ce qui concerne une province, est un programme qui comprend les services suivants, plus particulièrement définis par les règlements, offerts à tous les résidents de cette province, à savoir :

- a) soins intermédiaires en maison de repos;
- b) soins en établissement pour adultes;
- c) hôpitaux psychiatriques convertis;
- d) soins à domicile;
- e) soins ambulatoires.

*Règlement de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis, DORS/78-587*

24. (1) Aux fins du présent article,

. . . .

« établissement » désigne

- a) dans le cas d’un service autre que celui en hôpitaux psychiatriques convertis, un établissement ou

a facility that qualifies as a home for special care under section 8 of the *Canada Assistance Plan Regulations* . . . .

(2) . . .

(b) “adult residential care service” means a service provided in an institution in respect of adults consisting of

(i) personal and supervisory care according to the individual requirements of residents of the institution,

(ii) assistance with the activities of daily living and social, recreational and other related services to meet the psycho-social needs of the residents of the institution,

(iii) services required in the operation of the institution, and

(iv) the provision of room and board to the extent of the total monthly cost or part thereof except for an amount calculated by subtracting, for each recipient of the service,

(A) the total monthly amount or part thereof that is payable to the recipient of the service under any Acts of the province for comforts allowances, clothing, drugs and biologicals, services required in the provision of drugs and biologicals and medical and surgical goods and services and that is shareable under the *Canada Assistance Plan*,

from

(B) an amount equal to the total monthly amount or part thereof of the old age security pension and maximum supplement payable to a beneficiary under the *Old Age Security Act*, who is not a married person;

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Chamberland, Gagnon, Québec.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Ottawa.*

une partie d’un établissement qui répond à la définition d’un foyer de soins spéciaux en vertu de l’article 8 du *Règlement du Régime d’assistance publique du Canada* . . .

(2) . . .

b) « soins en établissement pour adultes » désigne un service dispensé par un établissement pour adultes et comprenant

(i) les soins personnels et de surveillance selon les besoins des résidents de l’établissement,

(ii) l’aide dispensée aux résidents de l’établissement pour leur permettre d’accomplir des activités courantes, des activités récréatives et sociales, et d’autres services connexes pour satisfaire à leurs besoins psycho-sociaux,

(iii) les services nécessaires à l’exploitation de l’établissement, et

(iv) les repas et le logement jusqu’à concurrence du montant mensuel total ou partiel, sauf pour un montant obtenu en soustrayant, pour chaque bénéficiaire du service,

(A) le montant mensuel total ou partiel qui est exigible par le bénéficiaire du service en vertu des lois de la province au titre d’indemnités de confort, de l’habillement, des médicaments et des produits biologiques, des services nécessaires à la fourniture de médicaments et de produits biologiques et des biens et services médicaux et chirurgicaux, et qui est assujéti au partage des frais en vertu du *Régime d’assistance publique du Canada*,

d’un

(B) montant égal au montant mensuel total ou partiel de la pension de vieillesse et du montant maximal du supplément exigible par le bénéficiaire, qui n’est pas marié, en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*;

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l’appelant : Chamberland, Gagnon, Québec.*

*Procureur de l’intimée : Procureur général du Canada, Ottawa.*

**Hazel Ruth Withler and Joan Helen  
Fitzsimonds** *Appellants*

v.

**Attorney General of Canada** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario and  
Women's Legal Education and Action  
Fund** *Intervenors*

**INDEXED AS: WITHLER v. CANADA (ATTORNEY  
GENERAL)**

**2011 SCC 12**

File No.: 33039.

2010: March 17; 2011: March 4.

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

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

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Discrimination based on age — Federal pension legislation reducing supplementary death benefit by 10 percent for each year by which plan member exceeds prescribed ages — Surviving spouses receiving reduced supplementary death benefits — Whether reduction provisions discriminate against surviving spouses — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Canadian Forces Superannuation Act, R.S.C. 1985, c. C-17, s. 60(1) — Public Service Superannuation Act, R.S.C. 1985, c. P-36, s. 47(1).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Contextual analysis — Whether use of comparator groups is appropriate in analysis of equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).*

The appellants, representative plaintiffs in two class actions, are widows whose federal supplementary death benefits were reduced because of the age

**Hazel Ruth Withler et Joan Helen  
Fitzsimonds** *Appelantes*

c.

**Procureur général du Canada** *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario et Fonds  
d'action et d'éducation juridiques pour les  
femmes** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : WITHLER c. CANADA (PROCUREUR  
GÉNÉRAL)**

**2011 CSC 12**

N° du greffe : 33039.

2010 : 17 mars; 2011 : 4 mars.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur l'âge — Réduction par des lois fédérales sur les pensions de la prestation supplémentaire de décès de 10 p. 100 pour chaque année de l'âge du participant ultérieure à l'âge prescrit — Versement aux conjoints survivants d'une prestation supplémentaire de décès réduite — Les dispositions imposant une réduction créent-elles une discrimination à l'endroit des conjoints survivants? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes, L.R.C. 1985, ch. C-17, art. 60(1) — Loi sur la pension de la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-36, art. 47(1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Analyse contextuelle — Le recours à des groupes de comparaison est-il opportun dans l'analyse portant sur les droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).*

Les appelantes, qui représentent les demandeurs dans le cadre de deux recours collectifs, sont des veuves ayant touché des prestations fédérales supplémentaires



of their husbands at the time of death. The *Public Service Superannuation Act* and the *Canadian Forces Superannuation Act* provide federal civil servants and members of the Canadian Forces, and their families, with a suite of work-related benefits, including a “supplementary death benefit”, a lump sum payment made to a plan member’s designated beneficiary upon the member’s death. The supplementary death benefit is reduced by 10 percent for each year by which the plan member exceeded a prescribed age.

The appellants contend that those provisions are of no force and effect because they infringe s. 15(1) of the *Charter* and are not justified under s. 1. They seek a monetary judgment in the amount by which their supplementary death benefits were reduced. The trial judge dismissed both class actions and the British Columbia Court of Appeal upheld the trial decision.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The central and sustained thrust of the Court’s s. 15(1) jurisprudence has been the need for a substantive contextual approach and a corresponding repudiation of a formalistic “treat likes alike” approach. An analysis based on formal comparison between the claimant group and a “similarly situated” group promotes formal, not substantive equality. A “mirror comparator group” analysis may become a search for sameness, may shortcut the substantive equality analysis and may be difficult to apply. While equality is inherently comparative and comparison plays a role throughout the s. 15(1) analysis, a mirror comparator approach can fail to identify — and may, indeed, thwart the identification of — the discrimination at which s. 15 is aimed. What is required is an approach that takes account of the full context of the claimant group’s situation, the actual impact of the law on that situation, and whether the impugned law perpetuates disadvantage to or negative stereotypes about that group.

The jurisprudence establishes a two-part test for assessing a s. 15(1) claim: (1) Does the law create a distinction that is based on an enumerated or analogous ground? and (2) Does the distinction create a

de décès réduites en raison de l’âge auquel leurs maris sont décédés. La *Loi sur la pension de la fonction publique* et la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* prévoient, à l’intention des fonctionnaires fédéraux et des membres des Forces canadiennes, ainsi que de leurs familles, un ensemble d’avantages sociaux dont ils peuvent bénéficier, y compris une « prestation supplémentaire de décès », une somme globale versée au bénéficiaire désigné par le participant au régime, au décès de ce dernier. La prestation supplémentaire de décès est réduite de 10 p. 100 pour chaque année de l’âge du participant ultérieure à l’âge prescrit.

Les appelantes soutiennent que ces dispositions sont inopérantes parce qu’elles contreviennent au par. 15(1) de la *Charte* et ne peuvent se justifier au sens de l’article premier. Elles réclament une réparation pécuniaire correspondant au montant retranché de leur prestation supplémentaire de décès. La juge de première instance a rejeté les deux recours collectifs, et la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a confirmé la décision de première instance.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Dans ses décisions sur le par. 15(1), la Cour a posé en principe fondamental, à maintes reprises, la nécessité de procéder à une analyse contextuelle au fond et de rejeter, en conséquence, l’approche formaliste d’un « traitement analogue ». Une analyse fondée sur une comparaison formelle du groupe de demandeurs à un groupe « se trouvant dans une situation semblable » mène non pas à l’égalité réelle, mais à l’égalité formelle. Une analyse fondée sur la comparaison avec un « groupe aux caractéristiques identiques » risque de se muer en recherche de la similitude, de court-circuiter l’analyse de l’égalité réelle et de se révéler difficile à appliquer. Bien que l’égalité soit un concept intrinsèquement comparatif et que la comparaison joue un rôle du début à la fin dans l’analyse que commande le par. 15(1), il se peut qu’une démarche axée sur la comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques ne permette pas — voire empêche — la reconnaissance de la discrimination à laquelle l’art. 15 est censé remédier. L’exercice requis est une démarche qui tienne compte du contexte global de la situation du groupe de demandeurs, de l’incidence véritable de la mesure législative sur leur situation et de la question de savoir si cette mesure perpétue un désavantage ou des stéréotypes négatifs à l’égard du groupe.

La jurisprudence a établi un test à deux volets pour l’appréciation d’une demande fondée sur le par. 15(1) : (1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? (2) La distinction crée-t-elle un

disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping? The claimant must establish that he or she has been denied a benefit that others are granted or carries a burden that others do not, by reason of a personal characteristic that falls within the enumerated or analogous grounds of s. 15(1). It is not necessary to pinpoint a mirror comparator group. Provided that the claimant establishes a distinction based on one or more of the enumerated or analogous grounds, the claim should proceed to the second step of the analysis. This provides the flexibility required to accommodate claims based on intersecting grounds of discrimination. At the second step, the question is whether, having regard to all relevant factors, the distinction the law makes between the claimant group and others discriminates by perpetuating disadvantage or prejudice to the claimant group, or by stereotyping it.

Since the Reduction Provisions at issue in this case are age-related, they constitute an obvious distinction on an enumerated ground, but, because the age-based rules are, overall, effective in meeting the actual needs of the claimants and in achieving important goals such as ensuring that retiree benefits are meaningful, they do not violate s. 15(1). Pension benefit schemes are designed to benefit a number of groups in different circumstances and with different interests, and each element of the scheme must be considered in relation to the suite of benefits provided. As a broad-based scheme meant to cover the competing interests of various age groups, distinctions on general criteria, including age, had to be made to address the members' different needs over the course of their working lives. When the supplementary death benefit is considered in the context of the other pensions and benefits to which the surviving spouses are entitled, it is clear that its purpose corresponds to their needs. For younger employees, it acts as group life insurance by insuring against unexpected death at a time when the surviving spouse would not be protected by a pension. For older employees, whose spouses' long-term income security is guaranteed by the survivor's pension coupled with the public service's health and dental plans, it is intended to assist with the costs of last illness and death.

It is unnecessary to consider justification under s. 1.

désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes? Le demandeur doit démontrer qu'il s'est vu refuser un avantage accordé à d'autres ou imposer un fardeau que d'autres n'ont pas, en raison d'une caractéristique personnelle correspondant à un motif énuméré ou analogue visé par le par. 15(1). Il n'est pas nécessaire de désigner un groupe de comparaison qui corresponde précisément au groupe de demandeurs. Dans la mesure où le demandeur établit l'existence d'une distinction fondée sur au moins un motif énuméré ou analogue, la demande devrait passer à la deuxième étape de l'analyse. Cette démarche offre la souplesse requise pour l'examen des allégations fondées sur des motifs de discrimination interreliés. À la deuxième étape, le tribunal doit se demander si, compte tenu de tous les facteurs pertinents, la distinction établie par la mesure législative entre le groupe de demandeurs et d'autres personnes crée de la discrimination en perpétuant un désavantage ou un préjugé à l'égard du groupe ou en lui appliquant des stéréotypes.

Étant donné que les dispositions imposant une réduction en litige en l'espèce sont liées à l'âge, elles constituent à l'évidence une distinction fondée sur un motif énuméré. Or, comme les règles fondées sur l'âge, dans l'ensemble, répondent bien aux besoins réels des demanderesse et à des objectifs importants, comme assurer des prestations convenables aux employés retraités, elles ne contreviennent pas au par. 15(1). Les régimes de retraite sont conçus en faveur de plusieurs groupes dont les intérêts et la situation divergent, et chaque élément du régime doit être examiné à la lumière du régime global de prestations. Un régime général conçu pour répondre aux intérêts divergents de différents groupes d'âge doit nécessairement opérer des distinctions fondées sur des critères généraux, dont l'âge, pour combler les différents besoins des employés tout au long de leur vie professionnelle. Lorsque la prestation supplémentaire de décès est examinée à la lumière des autres prestations et pensions auxquelles ont droit les conjoints survivants, il est clair que son objet correspond aux besoins de ces derniers. En ce qui concerne les jeunes employés, cette prestation agit à titre d'assurance vie collective garantissant une protection en cas de décès inattendu survenant à une époque où leur conjoint survivant ne toucherait aucune pension. Pour les employés plus âgés, dont les conjoints sont assurés d'une certaine sécurité de revenu à long terme par la pension de survivant à laquelle s'ajoutent les régimes de soins de santé et de soins dentaires de la fonction publique, cette prestation vise à contribuer aux dépenses occasionnées par la dernière maladie et le décès.

Il n'est pas nécessaire de se pencher sur la question de la justification au sens de l'article premier.

### Cases Cited

**Applied:** *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **explained:** *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 SCC 78, [2004] 3 S.C.R. 657; *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, 2004 SCC 65, [2004] 3 S.C.R. 357; **referred to:** *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222; *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 SCC 30, [2009] 2 S.C.R. 181; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Haig v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Lovelace v. Ontario*, 2000 SCC 37, [2000] 1 S.C.R. 950; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 2000 SCC 28, [2000] 1 S.C.R. 703.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 15.  
*Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C. 1985, c. C-17, s. 60(1).  
*Canadian Forces Superannuation Regulations*, C.R.C., c. 396, s. 52.  
*Public Service Superannuation Act*, R.S.C. 1985, c. P-36, s. 47(1).  
*Supplementary Death Benefit Regulations*, C.R.C., c. 1360, ss. 15, 16.

### Authors Cited

Gilbert, Daphne. "Time to Regroup: Rethinking Section 15 of the Charter" (2003), 48 *McGill L.J.* 627.  
 Gilbert, Daphne, and Diana Majury. "Critical Comparisons: The Supreme Court of Canada Dooms Section 15" (2006), 24 *Windsor Y.B. Access Just.* 111.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2010, release 1).  
 Iyer, Nitya. "Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity" (1993), 19 *Queen's L.J.* 179.  
 Moreau, Sophia Reibetanz. "Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups" (2006), 5 *J.L. & Equality* 81.

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêts expliqués :** *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657; *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357; **arrêts mentionnés :** *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222; *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Lovelace c. Ontario*, 2000 CSC 37, [2000] 1 R.C.S. 950; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 2000 CSC 28, [2000] 1 R.C.S. 703.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 15.  
*Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-36, art. 47(1).  
*Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, L.R.C. 1985, ch. C-17, art. 60(1).  
*Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8.  
*Règlement sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, C.R.C., ch. 396, art. 52.  
*Règlement sur les prestations supplémentaires de décès*, C.R.C., ch. 1360, art. 15, 16.

### Doctrine citée

Gilbert, Daphne. « Time to Regroup : Rethinking Section 15 of the Charter » (2003), 48 *R.D. McGill* 627.  
 Gilbert, Daphne, and Diana Majury. « Critical Comparisons : The Supreme Court of Canada Dooms Section 15 » (2006), 24 *Windsor Y.B. Access Just.* 111.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2010, release 1).  
 Iyer, Nitya. « Categorical Denials : Equality Rights and the Shaping of Social Identity » (1993), 19 *Queen's L.J.* 179.  
 Moreau, Sophia Reibetanz. « Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups » (2006), 5 *J.L. & Equality* 81.

Pothier, Dianne. “Connecting Grounds of Discrimination to Real People’s Real Experiences” (2001), 13 *C.J.W.L.* 37.

Wright, Andrea. “Formulaic Comparisons: Stopping the *Charter* at the Statutory Human Rights Gate”, in Fay Faraday, Margaret Denike and M. Kate Stephenson, eds., *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter*. Toronto: Irwin Law, 2006, 409.

Young, Margot. “Blissed Out: Section 15 at Twenty”, in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2006, 45.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Rowles, Ryan and Newbury J.J.A.), 2008 BCCA 539, 87 B.C.L.R. (4th) 197, 302 D.L.R. (4th) 193, 183 C.R.R. (2d) 301, 72 C.C.P.B. 161, 263 B.C.A.C. 257, 443 W.A.C. 257, [2009] 3 W.W.R. 628, [2008] B.C.J. No. 2507 (QL), 2008 CarswellBC 2750, upholding a decision of Garson J., 2006 BCSC 101, 137 C.R.R. (2d) 224, 51 C.C.P.B. 19, [2006] B.C.J. No. 101 (QL), 2006 CarswellBC 86. Appeal dismissed.

*Joseph J. Arvay, Q.C., John C. Kleefeld and Elin R. S. Sigurdson*, for the appellants.

*Donald J. Rennie, Sharlene Telles-Langdon and Dale Yurka*, for the respondent.

*Robert E. Charney and Matthew Horner*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Daphne Gilbert, Joanna Radbord and Joanna Birenbaum*, for the intervener the Women’s Legal Education and Action Fund.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND ABELLA J. —

## I. Introduction

[1] The plaintiffs are widows whose federal supplementary death benefits were reduced because of the age of their husbands at the time of death. They argue that the legislation reducing their

Pothier, Dianne. « Connecting Grounds of Discrimination to Real People’s Real Experiences » (2001), 13 *R.F.D.* 37.

Wright, Andrea. « Formulaic Comparisons : Stopping the *Charter* at the Statutory Human Rights Gate », in Fay Faraday, Margaret Denike and M. Kate Stephenson, eds., *Making Equality Rights Real : Securing Substantive Equality under the Charter*. Toronto : Irwin Law, 2006, 409.

Young, Margot. « Blissed Out : Section 15 at Twenty », in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Markham, Ont. : LexisNexis, 2006, 45.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Rowles, Ryan et Newbury), 2008 BCCA 539, 87 B.C.L.R. (4th) 197, 302 D.L.R. (4th) 193, 183 C.R.R. (2d) 301, 72 C.C.P.B. 161, 263 B.C.A.C. 257, 443 W.A.C. 257, [2009] 3 W.W.R. 628, [2008] B.C.J. No. 2507 (QL), 2008 CarswellBC 2750, qui a confirmé une décision de la juge Garson, 2006 BCSC 101, 137 C.R.R. (2d) 224, 51 C.C.P.B. 19, [2006] B.C.J. No. 101 (QL), 2006 CarswellBC 86. Pourvoi rejeté.

*Joseph J. Arvay, c.r., John C. Kleefeld et Elin R. S. Sigurdson*, pour les appelantes.

*Donald J. Rennie, Sharlene Telles-Langdon et Dale Yurka*, pour l’intimé.

*Robert E. Charney et Matthew Horner*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Daphne Gilbert, Joanna Radbord et Joanna Birenbaum*, pour l’intervenant le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE ABELLA —

## I. Introduction

[1] Les demandereses sont des veuves ayant touché des prestations fédérales supplémentaires de décès réduites en raison de l’âge auquel leurs maris sont décédés. Elles soutiennent que les

benefits discriminates on the basis of age, violating the equality guarantee in s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. We agree with the trial judge and the majority of the Court of Appeal that it does not.

[2] To resolve this appeal, we must consider comparison and the role of “mirror” comparator groups under s. 15(1), an issue that divided the courts below. In our view, the central issue in this and other s. 15(1) cases is whether the impugned law violates the animating norm of s. 15(1), substantive equality: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. To determine whether the law violates this norm, the matter must be considered in the full context of the case, including the law’s real impact on the claimants and members of the group to which they belong. The central s. 15(1) concern is substantive, not formal, equality. A formal equality analysis based on mirror comparator groups can be detrimental to the analysis. Care must be taken to avoid converting the inquiry into substantive equality into a formalistic and arbitrary search for the “proper” comparator group. At the end of the day there is only one question: Does the challenged law violate the norm of substantive equality in s. 15(1) of the *Charter*?

[3] Where, as here, the impugned distinction is the denial of a benefit that is part of a statutory benefit scheme that applies to a large number of people, the discrimination assessment must focus on the object of the measure alleged to be discriminatory in the context of the broader legislative scheme, taking into account the universe of potential beneficiaries. The question is whether, having regard to all relevant factors, the impugned measure perpetuates disadvantage or stereotypes the claimant group, contrary to s. 15(1) of the *Charter*.

dispositions législatives prévoyant la réduction de leurs prestations créent une discrimination fondée sur l’âge, interdite par la garantie d’égalité accordée au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Nous souscrivons à l’avis de la juge de première instance et des juges majoritaires de la Cour d’appel selon lesquels il n’en est rien.

[2] Pour trancher le pourvoi, nous devons examiner le rôle de la comparaison et des groupes de comparaison aux caractéristiques identiques à celles des demandeurs pour l’application du par. 15(1), une question qui a divisé les tribunaux inférieurs. À notre avis, la question principale en l’espèce, et dans les autres litiges fondés sur le par. 15(1), consiste à déterminer si la mesure législative contestée va à l’encontre de la norme fondamentale d’égalité réelle établie par le par. 15(1) : *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. Pour ce faire, il faut prendre en compte le contexte global de l’affaire, y compris l’incidence réelle de la mesure sur les demanderesse et les membres du groupe auquel elles appartiennent. Le paragraphe 15(1) est centré sur l’égalité réelle, et non sur l’égalité formelle. Une démarche axée sur l’égalité formelle, fondée sur la comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques, pourrait nuire à l’analyse. Il faut se garder de transformer l’appréciation de l’égalité réelle en recherche formaliste et arbitraire du groupe de comparaison « approprié ». En définitive, une seule question se pose : La mesure contestée transgresse-t-elle la norme d’égalité réelle consacrée par le par. 15(1) de la *Charte*?

[3] Lorsque, comme en l’espèce, la distinction invoquée est le déni d’un avantage prévu par un régime légal de prestations applicable à un grand nombre de personnes, l’évaluation du caractère discriminatoire doit être axée sur l’objet de la mesure contestée, dans le contexte global du régime législatif, compte tenu de l’ensemble des bénéficiaires potentiels. La question est de savoir si, eu égard à tous les facteurs pertinents, la mesure contestée perpétue un désavantage ou applique un stéréotype au groupe des demandeurs, en contravention du par. 15(1) de la *Charte*.

## II. The Legislation

[4] The appellants challenge the constitutionality of benefit provisions of the *Public Service Superannuation Act*, R.S.C. 1985, c. P-36, and the *Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C. 1985, c. C-17. These two statutes provide federal civil servants and members of the Canadian Forces, and their families with a suite of work-related benefits both during employment and after retirement, including a package of survivor benefits provided to the surviving spouse and dependants of a plan member after his or her death.

[5] The package of survivor benefits offered under both the *Public Service Superannuation Act* and the *Canadian Forces Superannuation Act* includes a “supplementary death benefit”. This benefit is akin to life insurance. It provides for a lump sum payment to be made to a plan member’s designated beneficiary at the time of the member’s death. For younger plan members, the purpose of the supplementary death benefit is to insure against unexpected death at a time when the deceased member’s surviving spouse would be unprotected by a pension or entitled to limited pension funds. For older members, the purpose of the supplementary death benefit is to assist surviving spouses with the costs of the plan member’s last illness and death. This death benefit is not intended to be a long-term income stream for the spouses of older plan members.

[6] Under both Acts, the amount of the supplementary death benefit is equal to twice the plan member’s salary at the time of death or termination of employment. Each Act, however, contains “Reduction Provisions” which take effect when the plan member reaches a certain age. For civil servants, the value of the supplementary death benefit is reduced by 10 percent for every year by which the plan member exceeds the age of 65 (*Public Service Superannuation Act*, s. 47(1)). For members of the armed forces, the value of the benefit is reduced by 10 percent for every year by which

## II. Les dispositions législatives

[4] Les appelantes contestent la constitutionnalité de dispositions de la *Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-36 (« *LPFP* »), et de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, L.R.C. 1985, ch. C-17 (« *LPRFC* »), concernant le versement de prestations. Ces deux lois prévoient, à l’intention des fonctionnaires fédéraux et des membres des Forces canadiennes, ainsi que de leurs familles, un ensemble d’avantages sociaux dont ils peuvent bénéficier pendant leur emploi et après la retraite, y compris un régime de prestations versées au conjoint survivant et aux personnes à charge du participant après son décès.

[5] Le régime de prestations au survivant établi par chacune de ces deux lois comprend une « prestation supplémentaire de décès », qui s’apparente à une assurance vie. Il s’agit d’une somme globale versée au bénéficiaire désigné par le participant au régime, au décès de celui-ci. Pour le jeune participant, la prestation supplémentaire de décès vise à offrir une protection en cas de décès inattendu à une époque où son conjoint survivant ne toucherait aucune pension ou seulement des prestations de retraite limitées. Pour le participant plus âgé, la prestation supplémentaire de décès a pour objet d’aider le conjoint survivant à acquitter les dépenses occasionnées par la dernière maladie et le décès du participant. Cette prestation n’est pas destinée à constituer une source de revenus à long terme pour les conjoints des participants âgés.

[6] Aux termes de ces deux lois, le montant de la prestation supplémentaire de décès est égal au double du traitement du participant à la date de son décès ou de sa cessation d’emploi. Ces deux lois comportent toutefois des dispositions prévoyant la réduction du montant de la prestation supplémentaire de décès dès que le participant atteint un certain âge. Ce montant est réduit de 10 p. 100 pour chaque année de l’âge du participant ultérieure à 65 ans dans le cas des fonctionnaires (*LPFP*, par. 47(1)) et à 60 ans dans le cas des membres des forces armées (*LPRFC*,

the plan member exceeds age 60 (*Canadian Forces Superannuation Act*, s. 60(1)). It is these Reduction Provisions that are at issue in this appeal.

[7] Most federal civil servants and members of the armed forces must participate in the supplementary death benefit plan while they are employed, and may, at their option, participate in the plan after retirement. The average retirement age of civil servants is 58 or 59, and the average retirement age for members of the armed forces is 45, after 25 years of service.

[8] The supplementary death benefit is only one part of a package of survivor benefits available under the *Public Service Superannuation Act* and the *Canadian Forces Superannuation Act*. The package of survivor benefits also includes a survivor's pension (a defined benefit plan, indexed, adjusted annually and backed by the solvency of the federal government, paying 50 percent of the plan member's unreduced pension); a health care plan (which reimburses 80 percent of a surviving spouse's extended health care expenses); a dental care plan (which covers a tariff amount for a surviving spouse's dental procedures); a children's allowance (which pays a plan member's surviving spouse one fifth of the member's pension if the plan member died leaving minor children); and a student's allowance (payable to the children aged 18 to 25 of a deceased plan member while they are enrolled in full-time post-secondary education).

[9] Participants in the civil service and Canadian Forces pension and benefits plans, along with their spouses, are also eligible for benefits available to all Canadians, such as those provided for under the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8.

### III. The Claims

[10] The appellants, Hazel Ruth Withler and Joan Helen Fitzsimonds, are the representative plaintiffs in two class actions. They contend that the Reduction Provisions discriminate on the basis of age contrary to s. 15(1) of the *Charter* and are not

par. 60(1)). Ce sont ces dispositions imposant une réduction qui sont contestées dans le présent pourvoi.

[7] La plupart des fonctionnaires fédéraux et des membres des forces armées sont tenus de participer au régime de prestations supplémentaires de décès pendant leur emploi et peuvent choisir de continuer à y participer après la retraite. En moyenne, les fonctionnaires prennent leur retraite à 58 ou 59 ans, et les membres des forces armées la prennent à 45 ans, après 25 ans de service.

[8] La prestation supplémentaire de décès ne constitue qu'un volet d'un ensemble de prestations au survivant prévues par la *LPFP* et la *LPRFC*. Cet ensemble comprend également une pension de survivant (égale à 50 p. 100 de la pension intégrale du participant en vertu d'un régime de retraite à prestations déterminées, indexées, rajustées annuellement et garanties par la solvabilité du gouvernement fédéral), un régime de soins de santé (prévoyant le remboursement de 80 p. 100 des frais de soins médicaux complémentaires engagés par le conjoint survivant), un régime de soins dentaires (couvrant les frais de soins dentaires du conjoint survivant jusqu'à concurrence de certains montants), une allocation aux enfants (égale au cinquième de la pension du participant et versée au conjoint survivant si le participant est décédé en laissant des enfants mineurs), et une allocation d'étudiant (payable aux enfants du participant âgés de 18 à 25 ans qui sont inscrits à plein temps à des études postsecondaires).

[9] Les participants aux régimes de retraite et d'avantages sociaux de la fonction publique et des Forces canadiennes, ainsi que leurs conjoints, ont également droit aux prestations offertes à tous les Canadiens, comme celles prévues par le *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8.

### III. Les demandes

[10] Les appelantes, Hazel Ruth Withler et Joan Helen Fitzsimonds, représentent les demandeurs dans deux recours collectifs. Elles soutiennent que les dispositions imposant une réduction créent une discrimination fondée sur l'âge qui est interdite par

justified under s. 1. They seek a declaration that the Reduction Provisions infringe s. 15(1) of the *Charter* and are therefore of no force or effect. They also seek a monetary judgment for the amount by which their supplementary death benefits were reduced by virtue of the Reduction Provisions. According to actuarial evidence presented at trial, the monetary judgments sought amounted to \$2,308,000,000 in the civil service action and \$285,000,000 in the armed forces action.

[11] The class in each action is comprised of the surviving spouses of former federal government employees or members of the Canadian Forces who died between April 17, 1985 (when s. 15 of the *Charter* came into force) and November 2, 2001 (when the class proceedings were certified). Each class member received a reduced supplementary death benefit by operation of the Reduction Provisions.

[12] Within each plaintiff class, the level of economic well-being varies. Each class member, however, receives a survivor's pension and each is ineligible for the federal government's guaranteed income supplement because his or her income is too high.

#### IV. The Arguments

[13] Ms. Withler and Ms. Fitzsimonds argue that the Reduction Provisions create distinctions and impose disadvantages based on age or grounds analogous to age, contrary to s. 15(1) of the *Charter*, which provides:

Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[14] The claimants acknowledge that statutory age-based distinctions may be valid if the age

le par. 15(1) de la *Charte* et qui ne peut se justifier au sens de l'article premier. Les demanderesse sollicitent un jugement déclarant que les dispositions imposant une réduction sont contraires au par. 15(1) de la *Charte* et, donc, inopérantes. Elles réclament aussi une réparation pécuniaire correspondant au montant retranché de leur prestation supplémentaire de décès par application de ces dispositions. Selon la preuve actuarielle présentée en première instance, cette réparation s'élèverait à 2 308 000 000 \$, dans le cas des fonctionnaires et à 285 000 000 \$, dans le cas des membres des forces armées.

[11] Dans chacun des recours collectifs, le groupe est constitué des conjoints survivants d'anciens fonctionnaires fédéraux ou d'anciens membres des Forces canadiennes décédés entre le 17 avril 1985 (date d'entrée en vigueur de l'art. 15 de la *Charte*) et le 2 novembre 2001 (date de certification des recours collectifs). Chacun des membres de ces groupes a touché une prestation supplémentaire de décès réduite conformément aux dispositions contestées.

[12] La situation financière des membres de chacun des groupes varie. Toutefois, ils touchent tous une pension de survivant et sont tous inadmissibles au supplément de revenu garanti du gouvernement fédéral, en raison de revenus trop élevés.

#### IV. Les arguments

[13] M<sup>mes</sup> Withler et Fitzsimonds font valoir que les dispositions imposant une réduction créent des distinctions et imposent des désavantages fondés sur l'âge ou sur un motif analogue, ce qu'interdit le par. 15(1) de la *Charte*, que voici :

La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[14] Les demanderesse reconnaissent que les distinctions légales fondées sur l'âge peuvent être



chosen is reasonably related to the statute's legislative goal. They argue, however, that the Reduction Provisions are wholly unrelated to any legitimate legislative goal. It is arbitrary, they contend, to reduce the supplementary death benefit on the basis of age because most, if not all, persons over 65 (or 60) need the supplementary death benefit, and that need increases over time. The claimants contend that the Reduction Provisions are based on an uninformed and inaccurate stereotype that the older one gets the less one needs financial assistance and that the Reduction Provisions do not correspond to their actual needs and circumstances. Finally, the claimants submit that the Reduction Provisions discriminate against them on the basis of age because they perpetuate the belief that as a person ages, he or she becomes less deserving of the benefit or worthy of the state's care and concern.

[15] The Attorney General of Canada submits that there is no evidence that the age-based distinction set out in the Reduction Provisions perpetuates historical disadvantage, prejudice or stereotyping. The supplementary death benefit is, in its view, merely one component of a suite of benefits. The entire suite operates in tandem to provide a reasonable measure of protection for plan members and their families. The failure of the plans to meet the needs of all members at all times, the Attorney General submits, does not render the Reduction Provisions discriminatory.

## V. Judicial History

[16] The trial judge, Garson J., dismissed both class actions (2006 BCSC 101, 137 C.R.R. (2d) 224). She found it difficult to identify an appropriate comparator group, because the claimant classes were composed of many different people in many different situations and economic circumstances. She reluctantly accepted the comparator group proposed by the claimants — civil servants and members of the armed forces who received an

valides si l'âge fixé a un lien raisonnable avec l'objectif de la loi. Toutefois, elles affirment que les dispositions imposant une réduction n'ont aucun lien avec un objectif législatif légitime. À leur avis, il est arbitraire de réduire la prestation supplémentaire de décès en raison de l'âge parce que la plupart, voire la totalité, des personnes âgées de plus de 65 ans (ou 60 ans) ont besoin de la prestation supplémentaire de décès, et ce besoin augmente avec le temps. Selon les demanderesse, les dispositions imposant une réduction sont fondées sur le stéréotype non étayé et inexact voulant que les besoins d'aide financière d'une personne diminuent au fur et à mesure qu'elle vieillit et elles ne correspondent pas à leur situation et à leurs besoins véritables. Enfin, les demanderesse soutiennent que ces dispositions créent une discrimination fondée sur l'âge à leur endroit parce qu'elles perpétuent la croyance que plus une personne vieillit, moins elle mérite la prestation ou moins elle est digne de l'aide et de l'attention de l'État.

[15] Le procureur général du Canada affirme que rien ne démontre que la distinction fondée sur l'âge créée par les dispositions imposant une réduction perpétue un désavantage historique, un préjugé ou un stéréotype. À ses dires, la prestation supplémentaire de décès ne constitue qu'un élément d'un ensemble de prestations qui s'appliquent de concert pour fournir une protection raisonnable aux participants et à leurs familles. Le fait que les régimes ne répondent pas aux besoins de tous les participants en tout temps, soutient le procureur général, ne rend pas les dispositions imposant une réduction discriminatoires pour autant.

## V. L'historique judiciaire

[16] En première instance, la juge Garson a rejeté les deux recours collectifs (2006 BCSC 101, 137 C.R.R. (2d) 224). Elle a eu du mal à définir un groupe de comparaison approprié, parce que les groupes de demandeurs étaient constitués de nombreux membres différents dont la situation divergeait d'une personne à l'autre, notamment sur le plan économique. La juge a accepté avec réticence le groupe de comparaison proposé par les

unreduced supplementary death benefit — as the basis for the analysis.

[17] Garson J. went on to apply a contextual discrimination analysis, and concluded that the Reduction Provisions were not discriminatory:

The design of the whole benefit package is a balancing exercise that takes into account the whole population of civil servants, and members of the armed forces. It is integrated with all the other benefits and also balances the interests of the public to ensure that the civil service is treated equitably but not over generously. [para. 155]

[18] When the Reduction Provisions were considered in relation to the entire benefit plan provided for by the *Public Service Superannuation Act* and the *Canadian Forces Superannuation Act*, they corresponded to the claimants' needs and circumstances. The legislative scheme as a whole accounted for each claimant's need for a continued income stream, as well as for life insurance coverage at the time of his or her spouse's death. The plans did not bear any of the hallmarks of discrimination and did not demean the claimants' dignity.

[19] On appeal to the British Columbia Court of Appeal, Ryan J.A. (Newbury J.A. concurring) upheld the trial decision (2008 BCCA 539, 87 B.C.L.R. (4th) 197). Like the trial judge, they saw the real issue as whether, viewing the case in its entire context, discrimination under s. 15(1) of the *Charter* had been established.

[20] Ryan J.A. rejected the claimants' submission that the appropriate comparator group should be narrowed to consist only of surviving spouses who received both an unreduced supplementary death benefit and a survivor's pension. Narrowing the comparator group in this way would, in Ryan J.A.'s view, deprive the court of the ability to fully analyse whether the impugned legislative distinction

demandeurs — les fonctionnaires et les membres des forces armées ayant touché une prestation supplémentaire de décès non réduite — comme fondement de l'analyse.

[17] La juge Garson a procédé ensuite à une analyse contextuelle et a conclu que les dispositions imposant une réduction n'étaient pas discriminatoires :

[TRADUCTION] L'élaboration de l'ensemble global de prestations est un exercice de pondération dans lequel tous les fonctionnaires et les membres des forces armées sont pris en considération. Il s'intègre aux autres prestations et tient compte de l'intérêt du public à ce que la fonction publique soit traitée de façon équitable, mais sans générosité excessive. [par. 155]

[18] Examinées à la lumière du régime global de prestations prévu par la *LPFP* et la *LPRFC*, les dispositions imposant une réduction correspondaient aux besoins des demanderesse et à leur situation. Le régime légal dans son ensemble tenait compte du besoin de chaque demanderesse de bénéficier d'une source de revenus continue et d'une prestation d'assurance vie au décès de son conjoint. Les régimes de prestations ne présentaient aucune des caractéristiques distinctives de la discrimination et ne portaient pas atteinte à la dignité des demanderesse.

[19] La juge Ryan de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (avec l'accord de la juge Newbury) a confirmé la décision de première instance (2008 BCCA 539, 87 B.C.L.R. (4th) 197). À l'instar de la juge de première instance, elles ont jugé que la véritable question était de savoir si, compte tenu du contexte global de l'affaire, la discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte* avait été établie.

[20] La juge Ryan a rejeté l'argument des demanderesse que le groupe de comparaison approprié devait être limité aux conjoints survivants ayant touché à la fois une prestation supplémentaire de décès non réduite et une pension de survivant. Selon la juge Ryan, restreindre ainsi le groupe de comparaison empêcherait le tribunal de procéder à une analyse exhaustive du caractère discriminatoire de

was discriminatory. The proper comparator group was, as the trial judge had found, all recipients of an unreduced supplementary death benefit.

[21] Ryan J.A. held that the trial judge had properly considered the discrimination claim with reference to the benefits package as a whole and correctly concluded that discrimination had not been made out. Finding no error of fact or law in the trial judge's reasoning, she dismissed the appeal, commenting:

This case demonstrates the difficulty that arises when one attempts to isolate for criticism a single aspect of a comprehensive insurance and pension package designed to benefit an employee's different needs over the course of his or her working life. . . . The comprehensive plan, while not a perfect fit for each individual, did not meet the hallmarks of discrimination given that it was a broad-based scheme meant to cover the competing interests of the various age groups covered by the plan. [para. 181]

[22] Rowles J.A., dissenting, would have allowed the appeal. In her view, the trial judge erred by failing to fully state and consistently apply the appropriate comparator group. Rowles J.A. accepted the claimants' submission that, pursuant to the mirror comparator approach, the appropriate comparator group was comprised of surviving spouses who both received an unreduced supplementary death benefit and were eligible for a survivor's pension. She cautioned, at paras. 58-59, that a "contextual analysis" did not invite a "broad, generalized examination of the facts in evidence", but rather entailed a "directed inquiry" focussed through the application of the four factors set out in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.

[23] Rowles J.A. concluded that seniors suffer from disadvantage and vulnerability based on their economic well-being, and that the Reduction Provisions did not account for the claimants' actual circumstances. The claimants clearly had

la distinction contestée établie par la loi. Le groupe de comparaison approprié était celui accepté par la juge de première instance, soit celui composé de toutes les personnes ayant reçu une prestation supplémentaire de décès non réduite.

[21] La juge Ryan a conclu que la juge de première instance avait agi correctement en analysant l'allégation de discrimination à la lumière du régime complet de prestations et en statuant qu'aucune discrimination n'avait été établie. N'ayant relevé aucune erreur de fait ou de droit dans le raisonnement de la juge de première instance, elle a rejeté l'appel et fait le commentaire suivant :

[TRADUCTION] La présente affaire démontre la difficulté qui surgit lorsqu'on tente d'isoler, pour le critiquer, un seul élément d'un ensemble de prestations d'assurance et de retraite conçu pour combler les différents besoins d'un employé tout au long de sa vie professionnelle. [ . . . ] Le régime global, sans être parfaitement adapté à chaque personne, ne présente pas les caractéristiques distinctives de la discrimination, car il s'agit d'un régime général conçu pour répondre aux intérêts divergents des différents groupes d'âge visés. [par. 181]

[22] La juge Rowles, dissidente, aurait accueilli l'appel. À son avis, la juge de première instance avait fait erreur en donnant une définition incomplète du groupe de comparaison approprié et en ne l'appliquant pas avec constance. La juge Rowles a souscrit à l'avis des demandeurs selon lesquels, suivant la méthode des caractéristiques identiques, le groupe de comparaison approprié était constitué des conjoints survivants ayant touché une prestation supplémentaire de décès non réduite et ayant droit à une pension de survivant. Selon elle, aux par. 58-59, une [TRADUCTION] « analyse contextuelle » ne demandait pas un « examen large et généralisé des faits en preuve », mais plutôt une « analyse balisée » s'attachant à l'application des quatre facteurs énoncés dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

[23] La juge Rowles a conclu que les personnes âgées subissent un désavantage et sont vulnérables en raison de leur situation économique et que les dispositions imposant une réduction ne tenaient pas compte de la situation véritable des demandereses.

greater needs than the younger surviving spouses, whose benefits were unreduced. Concluding that the Reduction Provisions served no ameliorative purpose and the interest affected was significant, Rowles J.A. held that a reasonable person in the claimants' circumstances would feel ignored and devalued on account of the Reduction Provisions. This amounted to an affront to the claimants' dignity and, consequently, a breach of s. 15(1) of the *Charter*, which was not justified under s. 1.

## VI. The Issues

[24] The first issue is whether the appellants lack standing because their claim is based on the age of the deceased plan members rather than their own ages.

[25] The second and main issue is whether the Reduction Provisions discriminate against the claimants. The appeal, viewed broadly, calls for clarification of the role of mirror comparator groups and comparison in the s. 15(1) analysis. More precisely, the issue is how an analysis under s. 15(1) is to proceed where the impugned law is part of a wide-reaching legislative scheme of government benefits.

## VII. Analysis

### A. *Standing*

[26] The Attorney General of Canada has asserted throughout that the appellants lack standing because their claim is based on the age of the deceased plan members rather than their own age. Only those who suffer discrimination may bring a s. 15 claim, and in this case, it is the age of the plan member, not the surviving spouse, which is the basis for differential treatment. The Attorney General submits that this is not an instance where the legislation would be insulated from *Charter*

Celles-ci avaient manifestement des besoins plus grands que les conjoints survivants plus jeunes, qui avaient touché des prestations non réduites. Estimant que les dispositions imposant une réduction n'avaient aucun objet d'amélioration et que le droit touché était important, la juge Rowles a indiqué qu'une personne raisonnable se trouvant dans la situation des demanderesse se sentirait négligée et dévalorisée par l'effet de ces dispositions. Il en découlait une atteinte à la dignité des demanderesse et, donc, une contravention au par. 15(1) de la *Charte* dont la justification ne pouvait se démontrer au sens de l'article premier.

## VI. Les questions en litige

[24] La première question qui se pose consiste à déterminer si les appelantes possèdent ou non la qualité pour agir, puisque leur demande est fondée non pas sur leur propre âge, mais sur l'âge des participants au régime décédés.

[25] La seconde et principale question est celle de savoir si les dispositions imposant une réduction créent une discrimination à l'endroit des demanderesse. Dans une large perspective, la Cour est appelée à clarifier le rôle des groupes de comparaison aux caractéristiques identiques et de la comparaison dans l'analyse fondée sur le par. 15(1). Il s'agit, plus précisément, de déterminer comment procéder à cette analyse dans le cas où les dispositions contestées s'inscrivent dans un vaste régime légal de prestations gouvernementales.

## VII. Analyse

### A. *Qualité pour agir*

[26] À toutes les étapes de l'instance, le procureur général du Canada a remis en cause la qualité des appelantes pour agir, car leur demande se fonde sur l'âge des participants décédés, et non sur leur propre âge. Seules les personnes ayant subi de la discrimination peuvent présenter une demande en vertu de l'art. 15. En l'espèce, c'est l'âge du participant, et non celui du conjoint survivant, qui donne lieu à un traitement différent. Selon le procureur général, ne pas reconnaître aux appelantes la

scrutiny by denying the appellants standing. A plan member who has reached the age at which he or she is affected by the Reduction Provisions would have standing to bring a challenge.

[27] The majority of the Court of Appeal chose not to address standing, given its conclusion on the substantive issue. Because we agree with the trial judge and the majority of the Court of Appeal that there was no discrimination, it is technically unnecessary to decide the standing issue. That said, we find the trial judge's reasoning generally persuasive.

[28] Garson J. concluded, "in this specific case, where the target of the impugned provision is the plaintiff and it is the plaintiff who suffers the discrimination associated with her spouse's age, the plaintiff should have standing" (para. 92). The result is a just one, because in reality it is the plaintiffs who experience the impact of the Reduction Provisions. The Attorney General's approach ignores the fact that, as Garson J. found, the impugned provisions are targeted at benefits payable to the plan members' beneficiaries. As will be seen, it is the interests of the surviving spouses at various stages of the plan member's working life that the benefit provisions attempt to address. No one is more directly affected by the Reduction Provisions than the surviving spouses. It is highly unlikely that the challenge would be mounted by the plan members themselves. There is also, as the trial judge found, likely to be a strong correlation between the age of the plan member and the age of the surviving spouse. In these circumstances, the trial judge was correct to grant the appellants standing.

## B. *The Equality Claim*

### (1) Substantive Equality: Overview

[29] Discrimination was defined by McIntyre J. in *Andrews*, as follows:

qualité pour agir n'aurait pas pour effet de mettre la loi à l'abri d'un examen au regard de la *Charte*. Un participant au régime ayant atteint l'âge auquel les dispositions imposant une réduction s'appliquent aurait la qualité pour les contester.

[27] Les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont pas examiné la question de la qualité, étant donné leur conclusion sur le fond. Comme nous souscrivons à l'opinion de ces dernières et de la juge de première instance et nous concluons à l'absence de discrimination, il n'est pas nécessaire en principe de trancher la question relative à la qualité. Cela dit, le raisonnement suivi par la juge de première instance nous paraît convaincant, en général.

[28] Selon la juge Garson, [TRADUCTION] « dans ce cas précis, où c'est la demanderesse qui est visée par la disposition contestée et qui subit la discrimination découlant de l'âge de son conjoint, elle devrait se voir reconnaître la qualité pour agir » (par. 92). Ce résultat est juste, étant donné que, dans les faits, ce sont les demanderesse qui subissent les conséquences des dispositions imposant une réduction. La thèse du procureur général fait abstraction du fait, relevé par la juge Garson, que les dispositions contestées s'appliquent à des prestations versées aux bénéficiaires des participants au régime. Nous expliquons plus loin que les dispositions prévoyant des prestations tentent de répondre aux besoins des conjoints survivants à diverses étapes de la vie professionnelle du participant. Personne n'est plus directement touché par les dispositions imposant la réduction que les conjoints survivants. Il est très peu probable que des participants au régime eux-mêmes contestent ces dispositions. En outre, comme le dit la juge de première instance, il est probable qu'il existe une corrélation étroite entre l'âge du participant et celui du conjoint survivant. Compte tenu de ces circonstances, c'est à bon droit que la juge a reconnu aux appelantes la qualité pour agir.

## B. *Le droit à l'égalité*

### (1) L'égalité réelle : vue d'ensemble

[29] Le juge McIntyre a défini ainsi la discrimination dans l'arrêt *Andrews* :

... discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed. [pp. 174-75]

(See also *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 17; *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222, at para. 188; *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 SCC 30, [2009] 2 S.C.R. 181, at para. 109; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 106.)

[30] The jurisprudence establishes a two-part test for assessing a s. 15(1) claim: (1) Does the law create a distinction based on an enumerated or analogous ground? (2) Does the distinction create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping? (See *Kapp*, at para. 17.)

[31] The two steps reflect the fact that not all distinctions are, in and of themselves, contrary to s. 15(1) of the *Charter* (*Andrews; Law; Ermineskin Indian Band*, at para. 188). Equality is not about sameness and s. 15(1) does not protect a right to identical treatment. Rather, it protects every person's equal right to be free from discrimination. Accordingly, in order to establish a violation of s. 15(1), a person "must show not only that he or she is not receiving equal treatment before and under the law or that the law has a differential impact on him or her in the protection or benefit accorded by law but, in addition, must show that the legislative impact of the law is discriminatory" (*Andrews*, at p. 182; *Ermineskin Indian Band*, at para. 188; *Kapp*, at para. 28).

... la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement. [p. 174-175]

(Voir également *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 17; *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222, par. 188; *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181, par. 109; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 106.)

[30] La jurisprudence a établi un test à deux volets pour l'appréciation d'une demande fondée sur le par. 15(1) : (1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? (2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes? (Voir *Kapp*, par. 17.)

[31] Ces deux volets indiquent que toute distinction n'est pas en soi contraire au par. 15(1) de la *Charte* (*Andrews; Law; Bande et nation indiennes d'Ermineskin*, par. 188). L'égalité n'est pas une question de similitude, et le par. 15(1) ne garantit pas le droit à un traitement identique. Il garantit plutôt à chacun le droit d'être protégé contre toute discrimination. Par conséquent, pour établir une violation du par. 15(1), une personne « doit démontrer non seulement qu'[elle] ne bénéficie pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur [elle] en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle offre, mais encore que la loi a un effet discriminatoire sur le plan législatif » (*Andrews*, p. 182; *Bande et nation indiennes d'Ermineskin*, par. 188; *Kapp*, par. 28).

[32] McIntyre J. viewed discrimination through the lens of two concepts: (1) the perpetuation of prejudice or disadvantage to members of a group on the basis of personal characteristics identified in the enumerated and analogous grounds; and (2) stereotyping on the basis of these grounds that results in a decision that does not correspond to a claimant's or group's actual circumstances and characteristics (*Andrews; Kapp*, at para. 18).

[33] The first step in the s. 15(1) analysis ensures that the courts address only those distinctions that were intended to be prohibited by the *Charter*. In *Andrews*, it was held that s. 15(1) protected only against distinctions made on the basis of the enumerated grounds or grounds analogous to them. An analogous ground is one based on "a personal characteristic that is immutable or changeable only at unacceptable cost to personal identity": *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 13. Grounds including sexual orientation, marital status, and citizenship have been recognized as analogous grounds of discrimination.

[34] However, a distinction based on an enumerated or analogous ground is not by itself sufficient to found a violation of s. 15(1). At the second step, it must be shown that the law has a discriminatory impact in terms of prejudicing or stereotyping in the sense expressed in *Andrews*.

[35] The first way that substantive inequality, or discrimination, may be established is by showing that the impugned law, in purpose or effect, perpetuates prejudice and disadvantage to members of a group on the basis of personal characteristics within s. 15(1). Perpetuation of disadvantage typically occurs when the law treats a historically disadvantaged group in a way that exacerbates the situation of the group. Thus judges have noted that historic disadvantage is often linked to s. 15 discrimination. In *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, for example, Wilson J. identified the purposes of s. 15 as "remediating or preventing discrimination against groups suffering social, political and legal

[32] Le juge McIntyre a examiné la discrimination en fonction de deux concepts : (1) la perpétuation d'un préjugé ou d'un désavantage dont les membres d'un groupe sont victimes en raison de caractéristiques personnelles décrites dans les motifs énumérés ou analogues; (2) l'application de stéréotypes fondés sur ces motifs qui donne lieu à une décision ne correspondant pas à la situation et aux caractéristiques réelles d'un demandeur ou d'un groupe (*Andrews; Kapp*, par. 18).

[33] La première étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1) sert à limiter l'examen judiciaire aux seules distinctions que la *Charte* visait à interdire. Dans l'arrêt *Andrews*, la Cour a conclu que la protection du par. 15(1) n'était opposable qu'aux distinctions fondées sur un motif énuméré ou analogue. Un motif analogue est « une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle » : *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 13. Des motifs comme l'orientation sexuelle, l'état civil et la citoyenneté ont été reconnus comme des motifs analogues de discrimination.

[34] Cependant, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue ne suffit pas pour établir une violation du par. 15(1). À la seconde étape, il faut démontrer que la mesure législative a un effet discriminatoire parce qu'elle perpétue un préjugé ou un stéréotype au sens de l'arrêt *Andrews*.

[35] La première façon de faire la preuve de l'inégalité réelle — la discrimination — est de démontrer que la mesure contestée, dans son objet ou son effet, perpétue un préjugé et un désavantage à l'égard des membres d'un groupe en raison de caractéristiques personnelles visées par le par. 15(1). Règle générale, il y a perpétuation d'un désavantage lorsqu'une mesure législative applique, à un groupe historiquement défavorisé, un traitement qui a pour effet d'aggraver sa situation. Ainsi, les tribunaux ont souligné le lien fréquent entre un désavantage historique et la discrimination interdite par l'art. 15. Par exemple, dans *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, la juge Wilson a énoncé ainsi les objets de

disadvantage in our society” (p. 1333). See also *Haig v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1993] 2 S.C.R. 995, at pp. 1043-44; *Andrews*, at pp. 151-53, per Wilson J.; *Law*, at paras. 40-51.

[36] The second way that substantive inequality may be established is by showing that the disadvantage imposed by the law is based on a stereotype that does not correspond to the actual circumstances and characteristics of the claimant or claimant group. Typically, such stereotyping results in perpetuation of prejudice and disadvantage. However, it is conceivable that a group that has not historically experienced disadvantage may find itself the subject of conduct that, if permitted to continue, would create a discriminatory impact on members of the group. If it is shown that the impugned law imposes a disadvantage by stereotyping members of the group, s. 15 may be found to be violated even in the absence of proof of historic disadvantage.

[37] Whether the s. 15 analysis focusses on perpetuating disadvantage or stereotyping, the analysis involves looking at the circumstances of members of the group and the negative impact of the law on them. The analysis is contextual, not formalistic, grounded in the actual situation of the group and the potential of the impugned law to worsen their situation.

[38] Without attempting to limit the factors that may be useful in assessing a claim of discrimination, it can be said that where the discriminatory effect is said to be the perpetuation of disadvantage or prejudice, evidence that goes to establishing a claimant's historical position of disadvantage or to demonstrating existing prejudice against the claimant group, as well as the nature of the interest that is affected, will be considered. Where the claim is that a law is based on stereotyped views of the claimant group, the issue will be whether there is correspondence with the claimants' actual characteristics or circumstances. Where the impugned law is part of a larger benefits scheme, as it is here,

l'art. 15 : « remédi[er] à la discrimination dont sont victimes les groupes de personnes défavorisées sur les plans social, politique ou juridique dans notre société ou [ . . . ] les protège[r] contre toute forme de discrimination » (p. 1333). Voir également *Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995, p. 1043-1044; *Andrews*, p. 151-153, la juge Wilson; *Law*, par. 40-51.

[36] La deuxième façon d'établir l'inégalité réelle est de démontrer que le désavantage imposé par une mesure législative repose sur un stéréotype qui ne reflète pas la situation et les caractéristiques véritables du demandeur ou du groupe. En général, un tel stéréotype entraîne la perpétuation d'un préjugé et d'un désavantage. Il se peut toutefois qu'un groupe n'ayant jamais souffert d'un désavantage se trouve un jour touché par une conduite qui, si on n'y met pas fin, aura un effet discriminatoire sur ses membres. Une mesure contestée pourra ainsi être jugée contraire à l'art. 15 s'il est établi qu'elle impose un désavantage aux membres du groupe en leur appliquant un stéréotype, et ce, même s'il n'est pas prouvé qu'ils subissent un désavantage historique.

[37] Qu'elle vise à déterminer si un désavantage est perpétué ou si un stéréotype est appliqué, l'analyse requise par l'art. 15 appelle l'examen de la situation des membres du groupe et de l'incidence négative de la mesure sur eux. Il s'agit d'une analyse contextuelle, non formaliste, basée sur la situation véritable du groupe et sur le risque que la mesure contestée aggrave sa situation.

[38] Sans vouloir limiter les facteurs susceptibles d'être utiles dans l'appréciation d'une allévation de discrimination, disons que, dans les cas où l'effet discriminatoire découlerait de la perpétuation d'un désavantage ou d'un préjugé, entreront en ligne de compte les éléments tendant à prouver qu'un demandeur a été historiquement désavantagé ou fait l'objet de préjugés, ainsi que la nature de l'intérêt touché. Dans les cas où il est allégué qu'une mesure est fondée sur une vision stéréotypée du groupe, la question consiste à déterminer si cette vision correspond à la situation ou aux caractéristiques véritables des demandeurs. Lorsque la mesure contestée s'inscrit dans un vaste régime



the ameliorative effect of the law on others and the multiplicity of interests it attempts to balance will also colour the discrimination analysis.

[39] Both the inquiries into perpetuation of disadvantage and stereotyping are directed to ascertaining whether the law violates the requirement of substantive equality. Substantive equality, unlike formal equality, rejects the mere presence or absence of difference as an answer to differential treatment. It insists on going behind the facade of similarities and differences. It asks not only what characteristics the different treatment is predicated upon, but also whether those characteristics are relevant considerations under the circumstances. The focus of the inquiry is on the actual impact of the impugned law, taking full account of social, political, economic and historical factors concerning the group. The result may be to reveal differential treatment as discriminatory because of prejudicial impact or negative stereotyping. Or it may reveal that differential treatment is required in order to ameliorate the actual situation of the claimant group.

[40] It follows that a formal analysis based on comparison between the claimant group and a “similarly situated” group, does not assure a result that captures the wrong to which s. 15(1) is directed — the elimination from the law of measures that impose or perpetuate substantial inequality. What is required is not formal comparison with a selected mirror comparator group, but an approach that looks at the full context, including the situation of the claimant group and whether the impact of the impugned law is to perpetuate disadvantage or negative stereotypes about that group.

(2) The Role of Comparison Under Section 15: The Jurisprudence

[41] As McIntyre J. explained in *Andrews*, equality is a comparative concept, the condition of which may “only be attained or discerned by comparison

de prestations, comme c’est le cas en l’espèce, son effet d’amélioration sur la situation des autres participants et la multiplicité des intérêts qu’elle tente de concilier joueront également dans l’analyse du caractère discriminatoire.

[39] Que l’on cherche à savoir s’il y a perpétuation d’un désavantage ou application d’un stéréotype, il faut déterminer si la mesure transgresse l’impératif d’égalité réelle. L’égalité réelle, contrairement à l’égalité formelle, n’admet pas la simple différence ou absence de différence comme justification d’un traitement différent. Elle transcende les similitudes et distinctions apparentes. Elle demande qu’on détermine non seulement sur quelles caractéristiques est fondé le traitement différent, mais également si ces caractéristiques sont pertinentes dans les circonstances. L’analyse est centrée sur l’effet réel de la mesure législative contestée, compte tenu de l’ensemble des facteurs sociaux, politiques, économiques et historiques inhérents au groupe. Cette analyse peut démontrer qu’un traitement différent est discriminatoire en raison de son effet préjudiciable ou de l’application d’un stéréotype négatif ou, au contraire, qu’il est nécessaire pour améliorer la situation véritable du groupe de demandeurs.

[40] Ainsi, une analyse formelle fondée sur une comparaison du groupe de demandeurs à un groupe « se trouvant dans une situation semblable » ne garantit pas la suppression du mal auquel le par. 15(1) vise à remédier — l’élimination des mesures législatives qui ont pour effet d’imposer ou de perpétuer une inégalité réelle. L’exercice requis n’est pas une comparaison formelle avec un groupe de comparaison donné aux caractéristiques identiques, mais une démarche qui tient compte du contexte dans son ensemble, y compris la situation du groupe de demandeurs et la question de savoir si la mesure législative contestée a pour effet de perpétuer un désavantage ou un stéréotype négatif à l’égard du groupe.

(2) Le rôle de la comparaison sous le régime de l’art. 15 : la jurisprudence

[41] Comme l’a expliqué le juge McIntyre dans *Andrews*, l’égalité est un concept comparatif, dont la matérialisation ne peut « être atteinte ou perçue

with the condition of others in the social and political setting in which the question arises” (p. 164). However, McIntyre J. went on to state that formal comparison based on the logic of treating likes alike is not the goal of s. 15(1). What s. 15(1) requires is substantive, not formal equality.

[42] Comparison, he explained, must be approached with caution; not all differences in treatment entail inequality, and identical treatment may produce “serious inequality” (p. 164). For that reason, McIntyre J. rejected a formalistic “treat likes alike” approach to equality under s. 15(1), contrasting substantive equality with formal equality.

[43] The Court’s s. 15(1) jurisprudence has consistently affirmed that the s. 15(1) inquiry must focus on substantive equality and must consider all context relevant to the claim at hand. The central and sustained thrust of the Court’s s. 15(1) jurisprudence has been the need for a substantive contextual approach and a corresponding repudiation of a formalistic “treat likes alike” approach. This is evident from *Andrews*, through *Law*, to *Kapp*. When the Court has made comparisons with a similarly situated group, those comparisons have generally been accompanied by insistence that a valid s. 15(1) analysis must consider the full context of the claimant group’s situation and the actual impact of the law on that situation. In *Lovelace v. Ontario*, 2000 SCC 37, [2000] 1 S.C.R. 950, for example, Iacobucci J., for the Court, having found “that the whole context of the circumstances warrants a refinement in the identification of the comparator group”, stated: “I find that the s. 15(1) inquiry must proceed on the basis of comparing band and non-band aboriginal communities” (para. 64). However, he emphasized that “we must ask whether the impugned law, program or activity has a purpose or effect that is substantively discriminatory” (para. 53).

que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée » (p. 164). Le juge McIntyre a cependant précisé qu’une comparaison formelle fondée sur le principe voulant que les personnes se trouvant dans une situation analogue reçoivent un traitement analogue ne servait pas l’objet du par. 15(1). Le paragraphe 15(1) vise l’égalité réelle, et non pas une égalité formelle.

[42] La démarche comparative, aux dires du juge, appelle la prudence, puisque toute différence de traitement ne produira pas forcément une inégalité, et qu’un traitement identique peut engendrer de « graves inégalités » (p. 164). C’est pourquoi il a rejeté l’approche formaliste du « traitement analogue » pour l’application du par. 15(1), en distinguant l’égalité réelle de l’égalité formelle.

[43] Dans ses décisions sur le par. 15(1), la Cour a toujours affirmé que l’analyse requise par cette disposition doit être centrée sur l’égalité réelle et tenir compte de tous les éléments contextuels pertinents relativement à l’allégation dont le tribunal est saisi. La Cour a posé en principe fondamental, à maintes reprises, la nécessité de procéder à une analyse contextuelle au fond et de rejeter, en conséquence, l’approche formaliste d’un « traitement analogue ». C’est ce qui ressort de ses décisions, depuis *Andrews* jusqu’à *Kapp*, en passant par *Law*. Lorsque la Cour a fait une comparaison avec un groupe se trouvant dans une situation semblable, elle a généralement pris soin de préciser que l’analyse requise par le par. 15(1) commande l’appréciation de tous les éléments contextuels de la situation du groupe de demandeurs et de l’effet réel de la mesure législative sur leur situation. Dans *Lovelace c. Ontario*, 2000 CSC 37, [2000] 1 R.C.S. 950, par exemple, le juge Iacobucci, au nom de la Cour, ayant conclu que « le contexte global commande de préciser davantage l’identité du groupe de comparaison », a déclaré : « [J]’estime que l’analyse fondée sur le par. 15(1) doit être faite en comparant les communautés autochtones constituées en bandes et celles qui ne le sont pas » (par. 64). Toutefois, il a insisté qu’« il faut se demander si la loi, le programme ou l’activité contesté a un objet ou un effet qui est source de discrimination réelle » (par. 53).

[44] Against this background, we turn to the s. 15 cases. It is not necessary to canvass every decision. The thrust of the evolving jurisprudence on comparison and the use of mirror comparator groups is revealed by looking at a few pivotal cases.

[45] The decisions in the decade that followed *Andrews* viewed comparison as an essential facet of s. 15, without proposing a rigid conception of how it should be approached. The jurisprudence was reviewed in *Law*. While *Law* referred to “relevant comparators”, it also recognized that discrimination was the central concern and that the focus should be on the nature of the scheme and the appropriateness of the impugned distinctions having regard to the purpose of the scheme and the situation of the claimant. In the end, it was found that discrimination was negated by the purpose of the scheme of addressing long-term financial needs and ameliorating the situation of older spouses, and the particular circumstances of the claimant’s situation as a younger spouse. The claimant neither suffered disadvantage which the pension scheme perpetuated, nor did the distinctions it drew between the younger and the older spouses stereotype or stigmatize young persons. As a result, discrimination was not made out. The Court in *Law* resolved the issue not by a formalistic comparison between particular groups, but by the contextual factors relevant to the case — the nature of the legislation and the situation of the claimant.

[46] In *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429, a case concerned with assisted living benefits for younger Québécois, the analysis again focussed on the impact of the impugned law on the claimant group. In applying the s. 15(1) test, the majority stated:

[44] C’est dans cette optique que nous examinerons la jurisprudence relative à l’art. 15. Il n’est pas nécessaire d’étudier chacune des décisions. Pour comprendre dans quel sens évolue la jurisprudence sur la question de la comparaison et comment sont utilisés les groupes de comparaison aux caractéristiques identiques, il suffit d’examiner quelques arrêts charnières.

[45] Les décisions rendues au cours de la décennie qui a suivi l’arrêt *Andrews* considéraient la comparaison comme un aspect essentiel de l’art. 15, sans toutefois proposer de démarche rigide à son égard. La Cour a passé la jurisprudence en revue dans l’arrêt *Law*. Certes, l’arrêt *Law* fait référence aux « éléments de comparaison pertinents », mais il reconnaît que la question essentielle est celle de la discrimination et que l’accent doit être mis sur la nature du régime législatif et l’opportunité des distinctions contestées au regard de l’objet du régime et de la situation du demandeur. À l’issue de cet examen, la Cour a conclu à l’absence de discrimination, compte tenu de l’objet du régime — qui consistait à répondre aux besoins financiers essentiels à long terme et à améliorer la situation des conjoints âgés — et de la situation particulière de la demanderesse en tant que jeune conjointe. Dans ce cas, la demanderesse ne subissait aucun désavantage que le régime de pension aurait perpétué, et les distinctions faites par le régime entre les personnes âgées et les jeunes ne stigmatisaient pas ces derniers et ne leur appliquaient pas un stéréotype. Par conséquent, aucune discrimination n’avait été démontrée. Dans cette affaire, la Cour a tranché la question, non pas en procédant à une comparaison formaliste de groupes particuliers, mais en tenant compte des facteurs contextuels pertinents, soit la nature des dispositions législatives et la situation de la demanderesse.

[46] Dans *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, une affaire portant sur les prestations d’aide sociale versées à de jeunes Québécois, l’analyse était de nouveau axée sur l’incidence de la disposition contestée sur le groupe de demandeurs. Dans son application du test requis par le par. 15(1), les juges majoritaires ont dit ce qui suit :

... precisely, the question is whether a reasonable person in Ms. Gosselin's position would, having regard to all the circumstances and the context of the legislation, conclude that the Regulation in purpose or effect treated welfare recipients under 30 as less worthy of respect than those 30 and over, marginalizing them on the basis of their youth. [Emphasis added; para. 28.]

[47] *Law, Gosselin* and cases like them, while accepting that comparison is at the heart of a s. 15(1) equality analysis, emphasized a contextual inquiry into whether the impugned law perpetuated disadvantage or negative stereotyping.

[48] As for mirror comparator groups, Binnie J., for the Court, summarized the problem in using them in *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, 2004 SCC 65, [2004] 3 S.C.R. 357, at para. 18:

As is evident, a misidentification of the proper comparator group at the outset can doom the outcome of the whole s. 15(1) analysis. In fact, the seemingly straightforward selection of a comparator group has proven to be the Achilles' heel in a variety of recent cases, including *Granovsky*, [2000 SCC 28, [2000] 1 S.C.R. 703], *Lovelace, supra*, and *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54. In other cases, the selection has sparked a good deal of judicial debate, as in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, and *Gosselin, supra*. The correctness of the "comparator group" contended for by a claimant has thus been an important battleground in much of the s. 15(1) jurisprudence . . . .

The issue in *Hodge* was whether a pension scheme that provided benefits to surviving married spouses (the suggested comparator group) discriminated by denying benefits to separated common law spouses.

[49] Binnie J. stated that the comparator group is one that "mirrors the characteristics of the claimant

... précisément, la question est de savoir si une personne raisonnable placée dans la situation de M<sup>me</sup> Gosselin conclurait, compte tenu de l'ensemble des circonstances et du contexte de la mesure législative, que le Règlement, de par son objet ou son effet, traitait les bénéficiaires d'aide sociale de moins de 30 ans comme s'ils étaient moins dignes de respect que ceux de 30 ans et plus, en les marginalisant sur le fondement de leur jeunesse. [Nous soulignons; par. 28.]

[47] Tout en reconnaissant la place centrale qu'occupe la comparaison dans l'analyse axée sur l'égalité pour l'application du par. 15(1), les arrêts *Law, Gosselin*, et d'autres arrêts semblables ont mis l'accent sur une analyse contextuelle cherchant à déterminer si la mesure législative contestée perpétue un désavantage ou applique un stéréotype négatif.

[48] Le juge Binnie, au nom de la Cour, a résumé ainsi le problème que pose la comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques dans *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357, par. 18 :

Évidemment, le fait de choisir un mauvais groupe de comparaison dès le début peut compromettre l'issue de l'ensemble de l'analyse fondée sur le par. 15(1). En fait, le choix en apparence simple d'un groupe de comparaison s'est révélé être le talon d'Achille de diverses décisions récentes, dont *Granovsky* [2000 CSC 28, [2000] 1 R.C.S. 703] et *Lovelace*, précité[e], et *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54. Dans d'autres décisions, comme *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, et *Gosselin*, précitée, le choix du groupe de comparaison a donné lieu à de longs débats judiciaires. La question du caractère approprié du « groupe de comparaison » proposé par un demandeur a donc soulevé un litige important dans une bonne partie de la jurisprudence portant sur le par. 15(1) . . .

La question dans *Hodge* était de savoir si un régime de pension prévoyant le versement de prestations de survivant aux conjoints mariés (le groupe de comparaison proposé) était discriminatoire parce qu'il refusait la même prestation aux conjoints de fait qui s'étaient séparés.

[49] Le juge Binnie a défini le groupe de comparaison comme celui qui « reflète les caractéristiques

(or claimant group) relevant to the benefit or advantage sought” except for the personal characteristic on which the claim was based. He concluded that the claimant group was not separated common law spouses, because the claimant was not a common law spouse at the time of the contributor’s death: at the date of death she “was not in any sort of relationship at all with the deceased”, but was merely a “‘former’ common law spouse”. Binnie J. went on to justify this result in terms of the purpose of the legislation: “The purpose of the survivor’s pension is to deal with the financial dependency of a couple who at the date of death are in a relationship with mutual legal rights and obligations.” The claim was dismissed at the first step of the s. 15 analysis because the distinction drawn by the law was not based on the analogous ground of marital status. (See paras. 23, 40, 45 and 47.)

[50] The Court again applied a mirror comparator group approach in *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 SCC 78, [2004] 3 S.C.R. 657. The claim was that the British Columbia government’s failure to fund a particular program for autistic children violated s. 15. The Court, *per* McLachlin C.J., held that applying the relevant criteria, the appropriate comparison was with a non-disabled person, or a person suffering from a non-mental disability, who seeks and receives funding for a non-core therapy that is important to her health, is emergent, and has only recently been recognized. On these comparisons, no distinction based on disability was established. Again, the claim was dismissed at the first stage.

[51] While the Court in *Hodge* and *Auton* applied a mirror comparator group approach, both judgments emphasized the need to consider contextual factors, in particular the correspondence between the purpose of the legislative scheme and the situation of the claimant group. And both asserted

du demandeur (ou du groupe demandeur) qui sont pertinentes quant au bénéfice ou à l’avantage recherché » hormis la caractéristique personnelle à l’origine du recours. Il a conclu que le groupe de demandeurs n’était pas celui des conjoints de fait qui s’étaient séparés, parce que la demanderesse n’avait pas qualité de conjoint de fait au moment de la mort du cotisant; elle « n’entretenait absolument aucune relation avec le défunt au moment de son décès », elle était simplement un « “ancien” conjoint de fait ». Le juge Binnie s’est appuyé sur l’objet de la mesure législative pour justifier sa conclusion : « La pension de survivant a pour objet de remédier à la dépendance financière de personnes qui, au moment du décès, entretiennent une relation comportant des droits et obligations juridiques mutuels. » La demande a été rejetée au premier volet de l’analyse requise par l’art. 15, parce que la distinction établie par la disposition législative n’était pas fondée sur le motif analogue de l’état civil. (Voir les par. 23, 40, 45 et 47.)

[50] La Cour a de nouveau utilisé la comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques dans l’affaire *Auton (Tutrice à l’instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657. Dans ce cas, on alléguait que le refus du gouvernement de la Colombie-Britannique de financer un programme particulier destiné à des enfants autistes contrevenait à l’art. 15. La Cour, sous la plume de la juge en chef McLachlin, a précisé que, compte tenu des critères pertinents, l’élément de comparaison approprié était la personne non handicapée, ou celle atteinte d’une autre déficience que la déficience mentale, sollicitant et obtenant le financement d’une thérapie qui constitue un service non essentiel important pour sa santé, qui est nouvelle et qui n’est reconnue que depuis peu. Une telle comparaison n’a pas permis d’établir une distinction fondée sur un handicap. Cette demande a également échoué dès le premier volet.

[51] Bien que la Cour ait utilisé la comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques dans *Hodge* et *Auton*, ces deux affaires ont fait ressortir l’importance des facteurs contextuels, tout particulièrement celle de la correspondance entre l’objet du régime législatif et la situation du groupe

the need, in the final analysis, for the substantive inquiry mandated by *Andrews*. As McLachlin C.J. stated in *Auton*:

Whatever framework is used, an overly technical approach to s. 15(1) is to be avoided. In *Andrews, supra*, at pp. 168-69, McIntyre J. warned against adopting a narrow, formalistic analytical approach, and stressed the need to look at equality issues substantively and contextually. The Court must look at the reality of the situation and assess whether there has been discriminatory treatment having regard to the purpose of s. 15(1), which is to prevent the perpetuation of pre-existing disadvantage through unequal treatment. [para. 25]

[52] The next key decision was in *Kapp*. While the case turned on s. 15(2), the Court, *per* McLachlin C.J. and Abella J., took the opportunity to summarize the law on s. 15(1) discrimination. Significantly, a mirror comparator group approach was not assigned a role in the analysis. After stressing the importance of the substantive equality approach mandated in *Andrews*, the justices wrote:

While acknowledging that equality is an inherently comparative concept . . . , McIntyre J. [in *Andrews*] warned against a sterile similarly situated test focussed on treating “likes” alike. An insistence on substantive equality has remained central to the Court’s approach to equality claims. [para. 15]

[53] After discussing *Law* and the contextual factors there proposed, McLachlin C.J. and Abella J. continued:

The analysis in a particular case, as *Law* itself recognizes, more usefully focusses on the factors that identify impact amounting to discrimination. The four factors cited in *Law* are based on and relate to the identification in *Andrews* of perpetuation of disadvantage and stereotyping as the primary indicators of discrimination. [Emphasis added; para. 23.]

de demandeurs. Qui plus est, ces deux arrêts ont confirmé la nécessité de procéder, à la dernière étape, à l’analyse au fond requise depuis l’arrêt *Andrews*. Comme le dit la juge en chef McLachlin dans *Auton* :

Quel que soit le cadre d’analyse, il faut s’abstenir d’interpréter le par. 15(1) de manière trop technique. Dans l’arrêt *Andrews*, précité, p. 168-169, le juge McIntyre a fait une mise en garde contre une interprétation formaliste et restrictive et il a insisté sur la nécessité d’examiner les questions relatives à l’égalité en fonction de la réalité et du contexte. Le tribunal doit se pencher sur la situation réelle et déterminer s’il y a eu traitement discriminatoire au regard de l’objet du par. 15(1), qui est d’empêcher la perpétuation d’un désavantage préexistant par un traitement inégal. [par. 25]

[52] Est ensuite venu l’arrêt *Kapp*, un autre jugement clé. Même si dans ce cas, la question portait sur le par. 15(2), la Cour (dans des motifs rédigés par la juge en chef McLachlin et la juge Abella) a profité de l’occasion pour résumer l’état du droit en ce qui concerne la discrimination interdite par le par. 15(1). Fait important à signaler, la comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques n’a joué aucun rôle dans l’analyse. Après avoir souligné l’importance de l’approche fondée sur l’égalité réelle requise depuis l’arrêt *Andrews*, les juges ont fait l’observation suivante :

Tout en reconnaissant que l’égalité est un concept intrinsèquement comparatif [dans *Andrews*], le juge McIntyre a mis en garde contre l’adoption d’un critère stérile de la situation analogue qui serait axé sur l’égalité de traitement des individus égaux. L’insistance sur l’égalité réelle est demeurée au cœur de l’approche que la Cour a adoptée à l’égard des demandes fondées sur le droit à l’égalité. [par. 15]

[53] Après un examen de l’arrêt *Law* et des facteurs contextuels qui y sont proposés, la juge en chef McLachlin et la juge Abella ont ajouté :

Comme la Cour le reconnaît dans l’arrêt *Law* même, il est plus utile d’analyser, dans chaque cas, les facteurs qui permettent de reconnaître l’effet discriminatoire. Les quatre facteurs énoncés dans l’arrêt *Law* sont fondés sur la qualification, dans l’arrêt *Andrews*, de la perpétuation d’un désavantage et de l’application de stéréotypes comme étant les principaux indices de discrimination, et se rapportent à cette qualification. [Nous soulignons; par. 23.]

[54] In summary, the theme underlying virtually all of this Court's s. 15 decisions is that the Court in the final analysis must ask whether, having regard to all relevant contextual factors, including the nature and purpose of the impugned legislation in relation to the claimant's situation, the impugned distinction discriminates by perpetuating the group's disadvantage or by stereotyping the group.

(3) Concerns With the Use of Mirror Comparator Groups

[55] This brings us to the critical jurisprudential issue in this appeal. Basing the s. 15(1) analysis on a comparison between the claimant group and a mirror comparator group has been criticized on the basis that a comparator group approach to s. 15(1) may substitute a formal "treat likes alike" analysis for the substantive equality analysis that has from the beginning been the focus of s. 15(1) jurisprudence. We agree with the concerns.

[56] One concern is that the use of mirror comparator groups as an analytical tool may mean that the definition of the comparator group determines the analysis and the outcome (Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at p. 55-34). As a result, factors going to discrimination — whether the distinction creates a disadvantage or perpetuates prejudice or stereotyping — may be eliminated or marginalized.

[57] Another concern is that the focus on a precisely corresponding, or "like" comparator group, becomes a search for sameness, rather than a search for disadvantage, again occluding the real issue — whether the law disadvantages the claimant or perpetuates a stigmatized view of the claimant.

[58] A further concern is that allowing a mirror comparator group to determine the outcome

[54] En somme, les décisions de notre Cour concernant l'art. 15 sont pratiquement toutes fondées sur une prémisse commune : à la dernière étape de l'analyse, le tribunal doit déterminer si, en tenant compte de tous les facteurs contextuels pertinents, y compris la nature et l'objet de la mesure législative contestée au regard de la situation du demandeur, la distinction invoquée a un effet discriminatoire en ce sens qu'elle perpétue un désavantage ou applique un stéréotype à l'égard du groupe.

(3) Réserves à l'égard de la comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques

[55] Ce qui nous amène au point jurisprudenciel crucial dans le présent pourvoi. L'analyse fondée sur la comparaison entre le groupe des demandeurs et un groupe aux caractéristiques identiques, pour l'application du par. 15(1), a été critiquée au motif que le recours à un groupe de comparaison pourrait avoir pour effet de remplacer l'analyse de l'égalité réelle, qui a toujours été au cœur de la jurisprudence sur le par. 15(1), par une analyse formaliste, axée sur le « traitement analogue ». Nous partageons cette crainte.

[56] D'abord, si un groupe de comparaison aux caractéristiques identiques est utilisé comme instrument d'analyse, il se peut que la définition de ce groupe dicte l'analyse et son résultat (Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), vol. 2, p. 55-34). En conséquence, des facteurs de discrimination — le fait que la distinction crée un désavantage ou perpétue un préjugé ou un stéréotype — pourraient être écartés ou devenir accessoires.

[57] Ensuite, centrer l'analyse sur la correspondance étroite ou la « similitude » entre le groupe des demandeurs et un groupe de comparaison mène à la recherche de la similitude plutôt que d'un désavantage, occultant encore une fois la vraie question — la loi défavorise-t-elle le demandeur ou perpétue-t-elle sa stigmatisation?

[58] De plus, en permettant que le choix d'un groupe de comparaison aux caractéristiques

overlooks the fact that a claimant may be impacted by many interwoven grounds of discrimination. Confining the analysis to a rigid comparison between the claimant and a group that mirrors it except for one characteristic may fail to account for more nuanced experiences of discrimination. Thus, in *Lovelace*, the Court contemplated multidimensional comparisons, pointing out that “locating the relevant comparison groups requires an examination of the subject-matter of the law, program or activity and its effects, as well as a full appreciation of the context” (para. 62). See also *Law*, at para. 57, and *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 2000 SCC 28, [2000] 1 S.C.R. 703, at para. 47. An individual’s or a group’s experience of discrimination may not be discernible with reference to just one prohibited ground of discrimination, but only in reference to a conflux of factors, any one of which taken alone might not be sufficiently revelatory of how keenly the denial of a benefit or the imposition of a burden is felt (Daphne Gilbert, “Time to Regroup: Rethinking Section 15 of the Charter” (2003), 48 *McGill L.J.* 627; Nitya Iyer, “Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity” (1993), 19 *Queen’s L.J.* 179; Dianne Pothier, “Connecting Grounds of Discrimination to Real People’s Real Experiences” (2001), 13 *C.J.W.L.* 37).

[59] Finally, it has been argued that finding the “right” comparator group places an unfair burden on claimants (Daphne Gilbert and Diana Majury, “Critical Comparisons: The Supreme Court of Canada Dumps Section 15” (2006), 24 *Windsor Y.B. Access Just.* 111, at p. 138). First, finding a mirror group may be impossible, as the essence of an individual’s or group’s equality claim may be that, in light of their distinct needs and circumstances, no one is like them for the purposes of comparison. As Margot Young warns:

identiques dicte l’issue de la demande, on fait abstraction de la possibilité que le demandeur soit touché par plusieurs motifs de discrimination interreliés. Limiter l’analyse à une comparaison rigide entre le demandeur et un groupe présentant des caractéristiques toutes identiques aux siennes, sauf une, ne révélerait peut-être pas les cas plus nuancés de discrimination. Ainsi, dans *Lovelace*, la Cour a envisagé la comparaison avec des éléments de nature diverse et a précisé à cet égard que « [p]our trouver les groupes de comparaison appropriés, il faut examiner l’objet et les effets des dispositions législatives, du programme ou de l’activité, en plus de tenir compte du contexte dans son ensemble » (par. 62). Voir également *Law*, par. 57, et *Granovsky c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, 2000 CSC 28, [2000] 1 R.C.S. 703, par. 47. Il peut arriver qu’il soit impossible de reconnaître un traitement discriminatoire à l’égard d’une personne ou d’un groupe en l’examinant au regard d’un seul motif de discrimination interdit et qu’il soit nécessaire d’appliquer plusieurs facteurs convergents qui, isolément, ne permettraient peut-être pas de mesurer l’ampleur des conséquences du déni de l’avantage ou de l’imposition du fardeau en cause (Daphne Gilbert, « Time to Regroup : Rethinking Section 15 of the Charter » (2003), 48 *R.D. McGill* 627; Nitya Iyer, « Categorical Denials : Equality Rights and the Shaping of Social Identity » (1993), 19 *Queen’s L.J.* 179; Dianne Pothier, « Connecting Grounds of Discrimination to Real People’s Real Experiences » (2001), 13 *R.F.D.* 37).

[59] Enfin, selon certains, le choix du groupe de comparaison « approprié » impose un fardeau indu aux demandeurs (Daphne Gilbert et Diana Majury, « Critical Comparisons : The Supreme Court of Canada Dumps Section 15 » (2006), 24 *Windsor Y.B. Access Just.* 111, p. 138). Premièrement, il peut être impossible de trouver un groupe de comparaison présentant des caractéristiques identiques, car l’allégation d’inégalité de la personne ou du groupe en cause peut reposer essentiellement sur le fait que, compte tenu de leur situation et de leurs besoins distincts, il n’existe aucun groupe analogue auquel ils puissent être comparés. Voici à ce sujet la mise en garde faite par Margot Young :



If there is no counterpart in the experience or profile of those closer to the centre, the marginalization and dis-possession of our most unequal will be missed. These cases will seem simple individual instances of personal failure, oddity or happenstance.

(“Blissed Out: Section 15 at Twenty”, in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 45, at p. 63)

Second, it may be difficult to decide what characteristics must be “mirrored”. Rational people may differ on what characteristics are relevant, as this case illustrates. The concern with claimants spending time and money in a pre-trial search for the appropriate comparator group is exacerbated by the possibility that trial judges may or may not accept the claimant’s choice, and compounded by the fact that appeal courts may adopt a different comparator group later in the proceedings. When the appropriate comparator group is redefined by a court, the claimant may be unable to establish his or her claim because the record was created in anticipation of comparison with a different group.

[60] In summary, a mirror comparator group analysis may fail to capture substantive inequality, may become a search for sameness, may short-cut the second stage of the substantive equality analysis, and may be difficult to apply. In all these ways, such an approach may fail to identify — and, indeed, thwart the identification of — the discrimination at which s. 15 is aimed. The question then is how comparison figures in the s. 15(1) analysis.

#### (4) The Proper Approach to Comparison

[61] The substantive equality analysis under s. 15(1), as discussed earlier, proceeds in two stages: (1) Does the law create a distinction based on an enumerated or analogous ground? and (2) Does the distinction create a disadvantage by perpetuating

[TRADUCTION] Si aucune correspondance sur le plan de l’expérience ou du profil ne peut être établie avec des personnes plus près du centre, la marginalisation et la dépossession des plus défavorisés ne seront pas relevées. Ces cas singuliers seront simplement attribués à l’échec personnel, à une anomalie ou au hasard.

(« Blissed Out : Section 15 at Twenty », dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, dir., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 45, p. 63)

Deuxièmement, le choix des caractéristiques « identiques » peut se révéler difficile. Il se peut que des gens raisonnables ne s’entendent pas sur les caractéristiques pertinentes, comme en fait foi la présente affaire. Le problème du temps et de l’argent investis par le demandeur dans la recherche du groupe de comparaison approprié avant l’instruction est aggravé par la possibilité que le juge de première instance refuse son choix et celle que le tribunal d’appel adopte un groupe de comparaison différent à une étape ultérieure de l’instance. Lorsque le tribunal redéfinit le groupe de comparaison approprié, le demandeur risque d’être incapable d’établir le bien-fondé de sa demande étant donné qu’il a constitué son dossier en prévision de la comparaison avec un groupe différent.

[60] Bref, une analyse fondée sur la comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques ne permet pas toujours de détecter l’inégalité réelle et risque de se muer en recherche de la similitude, de court-circuiter le deuxième volet de l’analyse de l’égalité réelle et de se révéler difficile à appliquer. Pour toutes ces raisons, il se peut qu’une telle démarche ne permette pas — voire empêche — la reconnaissance de la discrimination à laquelle l’art. 15 est censé remédier. Il faut donc se demander quel est le rôle de la comparaison dans l’analyse requise par le par. 15(1).

#### (4) La méthode de comparaison appropriée

[61] Comme nous l’avons vu, l’analyse de l’égalité réelle pour l’application du par. 15(1) comporte deux étapes : (1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? (2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la

prejudice or stereotyping? (See *Kapp*, at para. 17.) Comparison plays a role throughout the analysis.

[62] The role of comparison at the first step is to establish a “distinction”. Inherent in the word “distinction” is the idea that the claimant is treated differently than others. Comparison is thus engaged, in that the claimant asserts that he or she is denied a benefit that others are granted or carries a burden that others do not, by reason of a personal characteristic that falls within the enumerated or analogous grounds of s. 15(1).

[63] It is unnecessary to pinpoint a particular group that precisely corresponds to the claimant group except for the personal characteristic or characteristics alleged to ground the discrimination. Provided that the claimant establishes a distinction based on one or more enumerated or analogous grounds, the claim should proceed to the second step of the analysis. This provides the flexibility required to accommodate claims based on intersecting grounds of discrimination. It also avoids the problem of eliminating claims at the outset because no precisely corresponding group can be posited.

[64] In some cases, identifying the distinction will be relatively straightforward, because a law will, on its face, make a distinction on the basis of an enumerated or analogous ground (direct discrimination). This will often occur in cases involving government benefits, as in *Law, Lovelace* and *Hodge*. In other cases, establishing the distinction will be more difficult, because what is alleged is indirect discrimination: that although the law purports to treat everyone the same, it has a disproportionately negative impact on a group or individual that can be identified by factors relating to enumerated or analogous grounds. Thus in *Granovsky*, the Court noted that “[t]he CPP contribution requirements, which on their face applied the same set of rules to all contributors, operated unequally in their effect on persons who want to work but whose

perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes? (Voir *Kapp*, par. 17.) La comparaison joue un rôle du début à la fin de l’analyse.

[62] Le rôle de la comparaison consiste, à la première étape, à établir l’existence d’une « distinction ». Il ressort du mot « distinction » l’idée que le demandeur est traité différemment d’autrui. La comparaison entre donc en jeu, en ce sens que le demandeur prétend qu’il s’est vu refuser un avantage accordé à d’autres ou imposer un fardeau que d’autres n’ont pas, en raison d’une caractéristique personnelle correspondant à un motif énuméré ou analogue visé par le par. 15(1).

[63] Il n’est pas nécessaire de désigner un groupe particulier qui corresponde précisément au groupe de demandeurs, hormis la ou les caractéristiques personnelles invoquées comme motif de discrimination. Dans la mesure où le demandeur établit l’existence d’une distinction fondée sur au moins un motif énuméré ou analogue, la demande devrait passer à la deuxième étape de l’analyse. Cette démarche offre la souplesse requise pour l’examen des allégations fondées sur des motifs de discrimination interreliés. Elle permet également d’éviter le rejet immédiat de certaines demandes s’il se révèle impossible de désigner un groupe dont les caractéristiques correspondent précisément à celles du demandeur.

[64] Dans certains cas, il sera relativement simple d’établir l’existence d’une distinction, par exemple lorsque la loi, à sa face même, crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue (discrimination directe). Il en est souvent ainsi lorsqu’il est question de prestations gouvernementales, comme c’était le cas dans les affaires *Law, Lovelace* et *Hodge*. Dans d’autres cas, ce sera plus difficile, parce que les allégations portent sur une discrimination indirecte : bien qu’elle prévoie un traitement égal pour tous, la loi a un effet négatif disproportionné sur un groupe ou une personne identifiable par des facteurs liés à des motifs énumérés ou analogues. Ainsi, dans l’arrêt *Granovsky*, la Cour a fait remarquer que « [l]es exigences en matière de cotisation du RPC, qui, à première vue, appliquaient les mêmes règles à tous les cotisants,

disabilities prevent them from working” (para. 43). In that kind of case, the claimant will have more work to do at the first step. Historical or sociological disadvantage may assist in demonstrating that the law imposes a burden or denies a benefit to the claimant that is not imposed on or denied to others. The focus will be on the effect of the law and the situation of the claimant group.

[65] The analysis at the second step is an inquiry into whether the law works substantive inequality, by perpetuating disadvantage or prejudice, or by stereotyping in a way that does not correspond to actual characteristics or circumstances. At this step, comparison may bolster the contextual understanding of a claimant’s place within a legislative scheme and society at large, and thus help to determine whether the impugned law or decision perpetuates disadvantage or stereotyping. The probative value of comparative evidence, viewed in this contextual sense, will depend on the circumstances. (See Andrea Wright, “Formulaic Comparisons: Stopping the *Charter* at the Statutory Human Rights Gate”, in Fay Faraday, Margaret Denike and M. Kate Stephenson, eds., *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter* (2006), 409, at p. 432; Sophia Reibetanz Moreau, “Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups” (2006), 5 *J.L. & Equality* 81; Pothier.)

[66] The particular contextual factors relevant to the substantive equality inquiry at the second step will vary with the nature of the case. A rigid template risks consideration of irrelevant matters on the one hand, or overlooking relevant considerations on the other: *Kapp*. Factors such as those developed in *Law* — pre-existing disadvantage, correspondence with actual characteristics, impact on other groups and the nature of the interest affected — may be helpful. However, they need not be expressly canvassed in every case in order to fully and properly determine whether a particular distinction is discriminatory (see *Ermineskin Indian Band; A.C. v.*

avaient un effet différent sur les personnes qui veulent travailler mais qui ne peuvent pas le faire en raison d’une déficience » (par. 43). Dans ce cas, le demandeur aura une tâche plus lourde à la première étape. L’existence d’un désavantage historique ou sociologique pourrait aider à démontrer que la loi impose au demandeur un fardeau qu’elle n’impose pas à d’autres ou lui refuse un avantage qu’elle accorde à d’autres. Le débat sera centré sur l’effet de la loi et sur la situation du groupe de demandeurs.

[65] L’analyse à la deuxième étape sert à déterminer si la loi cause une inégalité réelle en perpétuant un désavantage ou un préjugé ou en appliquant un stéréotype qui ne correspond pas à la situation ou aux caractéristiques réelles des demandeurs. À cette étape, la comparaison peut favoriser une meilleure compréhension contextuelle de la situation du demandeur dans le cadre d’un régime législatif et dans la société en général et aider ainsi à déterminer si la mesure législative ou la décision contestée perpétue un désavantage ou un stéréotype. La valeur probante de la preuve comparative, considérée dans cette perspective contextuelle, dépendra des circonstances. (Voir Andrea Wright, « Formulaic Comparisons : Stopping the *Charter* at the Statutory Human Rights Gate », dans Fay Faraday, Margaret Denike et M. Kate Stephenson, dir., *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter* (2006), 409, p. 432; Sophia Reibetanz Moreau, « Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups » (2006), 5 *J.L. & Equality* 81; Pothier.)

[66] Les facteurs contextuels particuliers pertinents dans l’analyse de l’égalité réelle à la deuxième étape varieront selon la nature de l’affaire. Un modèle rigide pourrait mener à un examen qui inclut des questions non pertinentes ou, à l’opposé, qui exclut des facteurs pertinents : *Kapp*. Des facteurs comme ceux établis dans l’arrêt *Law* — un désavantage préexistant, la correspondance avec les caractéristiques réelles, l’effet sur d’autres groupes et la nature du droit touché — peuvent être utiles. Toutefois, il n’est pas nécessaire de les examiner expressément dans tous les cas pour répondre complètement et correctement à la question de savoir si

*Manitoba; Hutterian Brethren*). Just as there will be cases where each and every factor need not be canvassed, so too will there be cases where factors not contemplated in *Law* will be pertinent to the analysis. At the end of the day, all factors that are relevant to the analysis should be considered. As Wilson J. said in *Turpin*,

In determining whether there is discrimination on grounds relating to the personal characteristics of the individual or group, it is important to look not only at the impugned legislation which has created a distinction that violates the right to equality but also to the larger social, political and legal context. [p. 1331]

[67] In cases involving a pension benefits program such as this case, the contextual inquiry at the second step of the s. 15(1) analysis will typically focus on the purpose of the provision that is alleged to discriminate, viewed in the broader context of the scheme as a whole. Whom did the legislature intend to benefit and why? In determining whether the distinction perpetuates prejudice or stereotypes a particular group, the court will take into account the fact that such programs are designed to benefit a number of different groups and necessarily draw lines on factors like age. It will ask whether the lines drawn are generally appropriate, having regard to the circumstances of the persons impacted and the objects of the scheme. Perfect correspondence between a benefit program and the actual needs and circumstances of the claimant group is not required. Allocation of resources and particular policy goals that the legislature may be seeking to achieve may also be considered.

### C. *Application to the Facts*

#### (1) Step One: An Adverse Distinction Based on an Enumerated or Analogous Ground

[68] The first step in the s. 15(1) analysis is to determine whether the law, on its face or in its

une distinction particulière est discriminatoire (voir *Bande et nation indiennes d'Ermineskin; A.C. c. Manitoba; Hutterian Brethren*). Dans certains cas, il ne sera pas nécessaire d'examiner expressément chacun des facteurs, alors que dans d'autres, certains facteurs non envisagés dans l'arrêt *Law* seront pertinents pour l'analyse. En définitive, il faut tenir compte de tous les facteurs pertinents. Pour reprendre les propos de la juge Wilson dans l'arrêt *Turpin* :

Pour déterminer s'il y a une discrimination pour des motifs liés à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, il importe d'examiner non seulement la disposition législative contestée qui établit une distinction contraire au droit à l'égalité, mais aussi d'examiner l'ensemble des contextes social, politique et juridique. [p. 1331]

[67] Lorsqu'il est question d'un régime de prestations de retraite, comme dans le cas qui nous occupe, l'examen des facteurs contextuels à la deuxième étape de l'analyse requise par le par. 15(1) porte en général sur l'objet de la disposition présentée comme discriminatoire, et se fait à la lumière du régime législatif complet. À qui le législateur voulait-il accorder un avantage et pourquoi? Pour trancher la question de savoir si la distinction perpétue un préjugé ou applique un stéréotype à un certain groupe, le tribunal tient compte du fait que de tels programmes sont conçus dans l'intérêt de divers groupes et doivent forcément établir des limites en fonction de certains facteurs comme l'âge. Le tribunal s'interrogera sur l'opportunité générale de telles limites, compte tenu de la situation des personnes touchées et des objets du régime. Point n'est besoin que le programme de prestations corresponde parfaitement à la situation et aux besoins véritables du groupe de demandeurs. Le tribunal pourra également prendre en considération l'affectation des ressources et les objectifs particuliers d'intérêt public visés par le législateur.

### C. *Application aux faits*

#### (1) Première étape : une distinction préjudiciable fondée sur un motif énuméré ou analogue

[68] La première étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1) vise à déterminer si la loi, à sa face même

apparent effect, creates a distinction on the basis of an enumerated or analogous ground. In this case the question is whether the pension schemes at issue deny a benefit to the claimants that others receive. The answer to this question is clear in this case.

[69] The Reduction Provisions reduce the supplementary death benefit payable to the surviving spouses of plan members over either 60 or 65 years of age. Surviving spouses of plan members who die before they reach the prescribed ages are not subject to the Reduction Provisions. This age-related reduction in pension legislation constitutes a distinction for purposes of s. 15(1): *Law*. It is obvious that a distinction based on an enumerated or analogous ground is established.

(2) Step Two: Substantive Inequality

[70] The issue is whether the Reduction Provisions that reduce the supplementary death benefit for the beneficiaries of older deceased members violate s. 15(1)'s protection of substantive equality. The question is whether, having regard to the relevant context, the impugned law perpetuates disadvantage or prejudice, or stereotypes the claimant group.

[71] In approaching this question, it is useful to identify at the outset the relevant contextual factors. As discussed above, a central consideration is the purpose of the impugned provision in the context of the broader pension scheme. It is in the nature of a pension benefit scheme that it is designed to benefit a number of groups in different circumstances and with different interests. The question is whether the lines drawn are generally appropriate, having regard to the circumstances of the groups impacted and the objects of the scheme. Perfect correspondence is not required. Allocation of resources and legislative policy goals may be matters to consider. The question is whether, having regard to these and any other relevant factors, the distinction the law makes between the claimant group and others discriminates by perpetuating disadvantage or prejudice to the claimant group, or by stereotyping the group.

ou par son effet apparent, établit une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue. Dans la présente affaire, la question est de savoir si les régimes de retraite en cause privent les demanderesse d'un avantage accordé à d'autres personnes. La réponse est claire en l'espèce.

[69] Les dispositions imposant une réduction diminuent la prestation supplémentaire de décès payable aux conjoints survivants des participants âgés de plus de 60 ou 65 ans, selon le cas. Elles ne s'appliquent pas aux conjoints survivants des participants décédés avant d'atteindre l'âge fixé. La réduction liée à l'âge prévue par les lois sur les pensions constitue une distinction pour l'application du par. 15(1) : *Law*. Il est évident qu'une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue a été établie.

(2) Deuxième étape : l'inégalité réelle

[70] La question est de savoir si les dispositions prévoyant la réduction de la prestation supplémentaire de décès versée aux bénéficiaires des participants âgés décédés portent atteinte au droit à l'égalité réelle garanti par le par. 15(1). Il s'agit de savoir si, compte tenu du contexte pertinent, la loi contestée perpétue un désavantage ou un préjugé ou applique un stéréotype au groupe de demandeurs.

[71] Pour trancher cette question, il se révèle utile de déterminer dès le départ les facteurs contextuels pertinents. Comme nous l'avons expliqué, l'objet de la disposition contestée, dans le contexte de l'ensemble du régime de retraite, est une considération principale. Un régime de retraite est, par définition, conçu en faveur de plusieurs groupes dont les intérêts et la situation divergent. Il s'agit d'évaluer l'opportunité générale des limites établies, compte tenu de la situation des groupes touchés et des objets du régime. La correspondance parfaite n'est pas nécessaire. L'affectation des ressources et les objectifs d'intérêt public visés par le législateur peuvent être des facteurs à considérer. Le tribunal doit se demander si, compte tenu de ces facteurs et de tout autre facteur pertinent, la distinction établie par la mesure législative entre le groupe de demandeurs et d'autres personnes crée une discrimination en perpétuant un désavantage ou un préjugé à l'égard du groupe ou en lui appliquant un stéréotype.

[72] Writing before *Kapp* was decided, the trial judge in this case, Garson J., addressed the four contextual factors of *Law*, focussing mainly on pre-existing disadvantage or stereotyping, correspondence to actual circumstances and the nature and impact of the pension scheme at issue. Eschewing a formalistic analysis, she conducted a full contextual inquiry into whether these factors established discrimination in the sense discussed in *Andrews* and succeeding cases. While she reluctantly accepted the comparator group preferred by the claimants, she based the bulk of her analysis on a contextual examination of the relevant circumstances and the purpose and impact of the legislative scheme. Garson J.'s sense that comparing the claimants to just one other comparator group would be inadequate, is consistent with the view that where the impugned law is a broad-reaching benefits scheme, comparison with multiple other groups who together compose the universe of potential beneficiaries will be necessary.

[73] Garson J. concluded that, when the Reduction Provisions were considered in relation to the entire benefit plan provided by the statutes, they corresponded to the claimants' needs and circumstances. She found that the legislative scheme as a whole accounted for each claimant's need for a continued income stream and life insurance coverage at the time of a spouse's death. In reaching this conclusion, she took into account that it is in the nature of a pension benefits scheme that it must balance different claimants' interests, and cannot be perfectly tailored to every individual's personal circumstances. The reality is that such schemes of necessity must make distinctions on general criteria, including age. The question is whether the criteria used, viewed contextually in light of the general needs of the group involved, perpetuate prejudice or disadvantage or negatively stereotype the individuals. As Ryan J.A. stated in the Court of Appeal:

This case demonstrates the difficulty that arises when one attempts to isolate for criticism a single

[72] La juge Garson, de première instance, qui a rendu sa décision avant le prononcé de l'arrêt *Kapp*, a examiné les quatre facteurs contextuels établis dans *Law*, tout particulièrement la préexistence d'un désavantage ou d'un stéréotype, la correspondance avec la situation réelle des demandresses, ainsi que la nature et l'effet du régime de pension. Rejetant une démarche formaliste, elle a procédé à une analyse contextuelle complète pour déterminer si ces facteurs établissaient une discrimination au sens de l'arrêt *Andrews* et des arrêts ultérieurs. Bien qu'elle ait accepté avec réticence le groupe de comparaison proposé par les demandresses, elle a fondé la majeure partie de son analyse sur l'examen contextuel des circonstances pertinentes ainsi que de l'objet et de l'effet du régime législatif. Son avis selon lequel la comparaison du groupe de demandeurs avec un seul groupe était insuffisante va dans le même sens que la thèse selon laquelle la contestation d'un vaste régime légal de prestations commande une comparaison avec de multiples autres groupes représentant l'ensemble des bénéficiaires potentiels.

[73] La juge Garson a conclu que les dispositions imposant une réduction, examinées à la lumière du régime global de prestations prévu par les lois, correspondaient aux besoins des demandresses et à leur situation. Elle était d'avis que le régime légal, dans son ensemble, tenait compte du besoin de chaque membre du groupe de demandeurs de bénéficiaire d'une source de revenus continue et d'une assurance vie au décès de son conjoint. Pour arriver à cette conclusion, la juge a pris en considération le fait qu'un régime de prestations de retraite doit concilier les intérêts des divers participants, et qu'il ne peut être parfaitement adapté à la situation personnelle de chacun. Dans les faits, ces régimes doivent nécessairement opérer des distinctions fondées sur des critères généraux, dont l'âge. La question est de savoir si, au regard des besoins généraux du groupe, les critères choisis perpétuent un préjugé ou un désavantage ou appliquent un stéréotype négatif à l'égard des membres du groupe. La juge Ryan de la Cour d'appel a dit :

[TRADUCTION] La présente affaire démontre la difficulté qui surgit lorsqu'on tente d'isoler, pour le

aspect of a comprehensive insurance and pension package designed to benefit an employee's different needs over the course of his or her working life. . . . The comprehensive plan, while not a perfect fit for each individual, did not meet the hallmarks of discrimination given that it was a broad-based scheme meant to cover the competing interests of the various age groups covered by the plan. [para. 181]

[74] Garson J. correctly considered the supplementary death benefit in relation to other benefits that formed part of the comprehensive benefit scheme provided for by the *Public Service Superannuation Act* and the *Canadian Forces Superannuation Act* to determine whether the claimants had been denied an equal benefit of the law because the provisions failed to account for the claimants' actual circumstances. Isolating the Reduction Provisions from their legislative context would have led to an artificial understanding of whether an equal benefit of the law had, in fact, been denied. As its name presages, the supplementary death benefit is "supplementary" to other benefits. Consideration of the supplementary death benefit in isolation from the other benefits offered under the *Public Service Superannuation Act* and the *Canadian Forces Superannuation Act* would create a decontextualized, and therefore unrealistic, analysis. The plan is a benefit plan, in which people pool resources for the benefit of all. Such plans cannot be looked at without considering the full picture of what they do for all members.

[75] Garson J. observed that the costs of last illness and death increase with age, particularly with each decade after 65. While the Public Service Health Care Plan does not cover 100 percent of the surviving spouses' health care costs, the record did not show that the claimant spouses were unable to meet funeral or last illness expenses. Indeed, Garson J. found that the evidence established that the surviving spouses were better equipped than most Canadians to meet their expenses.

[76] Garson J. explained that the government's statutory benefit package must account for the

critiquer, un seul élément d'un ensemble de prestations d'assurance et de retraite conçu pour combler les différents besoins d'un employé tout au long de sa vie professionnelle. [ . . . ] Le régime global, sans être parfaitement adapté à chaque personne, ne présente pas les caractéristiques distinctives de la discrimination, car il s'agit d'un régime général conçu pour répondre aux intérêts divergents des différents groupes d'âge visés. [par. 181]

[74] C'est à bon droit que la juge Garson a examiné la prestation supplémentaire de décès par rapport à d'autres prestations du régime global établi par la *LPFP* et la *LPRFC* pour déterminer si les demanderessees étaient privées du même bénéfice de la loi parce que les dispositions en cause ne tenaient pas compte de leur situation réelle. Séparer de leur contexte législatif les dispositions imposant une réduction aurait mené à une analyse artificielle de la question de savoir si les demanderessees avaient été effectivement privées du même bénéfice de la loi. Comme son nom l'indique, la prestation supplémentaire de décès est un « supplément » à d'autres prestations. Examiner la prestation supplémentaire de décès indépendamment des autres prestations prévues par la *LPFP* et la *LPRFC* mènerait à une analyse décontextualisée et, de ce fait, irréaliste. Le régime de prestations repose sur la mise en commun des ressources des participants au profit de tous. Un tel régime ne peut être examiné isolément de l'éventail complet des avantages offerts à tous les membres.

[75] La juge Garson a fait remarquer que les dépenses occasionnées par la dernière maladie et le décès augmentent avec l'âge, particulièrement à chaque décennie suivant 65 ans. Certes, le Régime de soins de santé de la fonction publique ne couvre pas la totalité des coûts des soins de santé engagés par les conjoints survivants, mais le dossier ne révélait pas que les conjointes demanderessees étaient incapables d'acquitter les frais d'obsèques ou les dépenses occasionnées par la dernière maladie. En fait, la juge Garson a conclu que les conjointes survivantes étaient mieux placées que la plupart des Canadiens pour acquitter leurs dépenses.

[76] La juge Garson a expliqué que le régime légal de prestations gouvernementales doit tenir

whole population of civil servants, members of the armed forces and their families. Each part of the package is integrated with other benefits and balanced against the public interest. The package will often target the same people through different stages of their lives and careers. It attempts to meet the specific needs of the beneficiaries at particular moments in their lives. It applies horizontally to a large population with different needs at a given time, and vertically throughout the lives of the members of this population. For younger employees, it acts as group life insurance by insuring against unexpected death at a time when the surviving spouse would not be protected by a pension. For older employees, it is intended to assist with the costs of last illness and death. While it treats different beneficiaries differently depending on where they find themselves on this vertical scale, it is discriminatory neither in purpose nor effect.

[77] Garson J. noted that the supplementary death benefit is not intended to be a long-term stream of income for older surviving spouses. Long-term income security is instead guaranteed by the survivor's pension, which is offered under both the *Public Service Superannuation Act* and the *Canadian Forces Superannuation Act*, coupled with the public service's health and dental plans. Any reduction of the supplementary death benefit paid to the spouses of older employees is therefore offset to some degree by the surviving spouse's survivor's pension. Indeed, each member of the claimant class receives a survivor's pension. When the supplementary death benefit is considered in the context of the other pensions and benefits to which the surviving spouses are entitled, therefore, it is clear that its purpose corresponds (albeit sometimes imperfectly) to the claimants' needs:

There is not perfect correspondence between the fact that costs of last illness increase with age and the reducing nature of the [supplementary death benefit], but when combined with the entire benefit package including pension, dental, prescription, and extended health as well as

compte de la totalité des fonctionnaires, des membres des forces armées et de leurs familles. Chaque élément du régime est harmonisé aux autres prestations et soupesé au regard de l'intérêt public. Le régime visera souvent les mêmes personnes à différentes étapes de leur existence et de leur vie professionnelle. Il est conçu pour répondre aux besoins particuliers des bénéficiaires à des moments précis de leur vie. Le régime s'applique suivant un axe horizontal à de nombreuses personnes ayant des besoins différents à un moment précis et suivant un axe vertical à chaque étape de la vie de ces personnes. En ce qui concerne les jeunes employés, cette prestation agit à titre d'assurance vie collective garantissant une protection en cas de décès inattendu à une époque où leur conjoint survivant ne toucherait aucune pension. Pour les employés plus âgés, cette prestation vise à contribuer aux dépenses occasionnées par la dernière maladie et le décès. Bien que le régime traite les bénéficiaires de façon différente, en fonction de leur position sur cet axe vertical, il n'est discriminatoire ni par son objet ni par ses effets.

[77] La juge Garson a noté que la prestation supplémentaire de décès n'est pas destinée à constituer une source de revenus à long terme pour les conjoints survivants âgés. La sécurité du revenu à long terme est plutôt garantie par la pension de survivant prévue tant par la *LFPF* que par la *LPRFC*, à laquelle s'ajoutent les régimes de soins de santé et de soins dentaires de la fonction publique. Toute réduction de la prestation versée aux conjoints des employés âgés est donc compensée dans une certaine mesure par la pension de survivant. En fait, chaque membre du groupe de demandeurs reçoit une pension de survivant. Par conséquent, lorsque la prestation supplémentaire de décès est examinée à la lumière des autres prestations et pensions auxquelles ont droit les conjoints survivants, il est clair que son objet correspond (bien que parfois imparfaitement) aux besoins des demanderesse :

[TRADUCTION] Il n'y a pas de correspondance parfaite entre l'augmentation avec l'âge des dépenses occasionnées par la dernière maladie et la réduction de la [prestation supplémentaire de décès], mais vu l'ensemble du régime, y compris les prestations de retraite, les soins



the other universal government programs, . . . the law does not fail to take into account the plaintiffs' actual situation. [para. 159]

The degree of correspondence between the differential treatment and the claimant group's reality confirms the absence of any negative or invidious stereotyping on the basis of age. The benefit scheme uses age-based rules that, overall, are effective in meeting the actual needs of the claimants, and in achieving important goals such as ensuring that retiree benefits are meaningful.

[78] Having considered the factors relevant to a claim such as this, Garson J. concluded:

. . . the contextual analysis above proves that the Reduction Provisions operate within the context of a much larger employee benefit program which takes into account the need for a continuation of a stream of income and for coverage of medical expenses upon the death of the spouse.

The purpose of the [supplementary death benefit] varies somewhat as the covered employee ages. At the younger ages it provides a limited stream of income for unexpected death where the surviving spouse is not protected by a pension. At older ages the purpose of the [supplementary death benefit] is for the expenses associated with last illness and death. I conclude that the fact that the reduction means those costs may not be fully covered is not discrimination. It does not bear any of the hallmarks of discrimination as set out in the *Law v. Canada* analysis. I do not mean to say I am unsympathetic to the plight of the surviving widows who testified before me. Their loneliness and despair was quite apparent and understandable. The fact that they feel their loneliness and despair was compounded by the receipt of a reduced [supplementary death benefit] does not fulfill the requirement of a claim based on a breach of the *Charter*. In my view, it is within the prerogative of Parliament to enact legislation that incorporated a plan of life insurance with the usual hallmarks of employee group insurance taking into account the competing interests of the various age groups and the public interest.

I conclude that the Reduction Provisions do not treat the plaintiffs unfairly, taking into account all of

dentaires, l'assurance médicament et les soins de santé ainsi que les autres programmes universels du gouvernement, [. . .] on ne saurait dire que les dispositions législatives en cause ne tiennent pas compte de la situation véritable des demanderesse. [par. 159]

La correspondance entre la différence de traitement et la situation véritable du groupe de demandeurs confirme l'absence de tout stéréotype négatif ou injuste fondé sur l'âge. Le régime de prestations établit des règles fondées sur l'âge qui, dans l'ensemble, répondent bien aux besoins réels des demanderesse et à des objectifs importants, comme assurer des prestations convenables aux employés retraités.

[78] Après avoir examiné les facteurs pertinents dans un cas comme celui-ci, la juge Garson est arrivée à la conclusion suivante :

[TRADUCTION] . . . l'analyse contextuelle qui précède prouve que les dispositions imposant une réduction opèrent de concert avec un vaste programme d'avantages sociaux qui tient compte du besoin d'une source de revenus continue et d'une protection à l'égard des frais médicaux après le décès du conjoint.

L'objet de la [prestation supplémentaire de décès] varie quelque peu selon l'âge de l'employé participant. Pour les jeunes employés, il s'agit de fournir une source de revenus limitée en cas de décès inattendu à une époque où le conjoint survivant ne toucherait pas de pension. Pour les employés plus âgés, cette prestation a pour objet de contribuer aux dépenses occasionnées par la dernière maladie et le décès. Je conclus que la possibilité que ces dépenses ne soient pas couvertes en totalité en raison de la réduction de la prestation ne constitue pas de la discrimination. Elle ne présente aucune des caractéristiques distinctives de la discrimination énumérées dans l'arrêt *Law c. Canada*. Mes propos ne signifient pas que je sois insensible à la situation des veuves qui ont témoigné devant moi. La solitude et le désespoir qu'elles éprouvent étaient très tangibles et compréhensibles. L'argument selon lequel la réduction de leur [prestation supplémentaire de décès] a aggravé cette solitude et ce désespoir ne suffit pas à justifier une demande fondée sur une violation de la *Charte*. À mon avis, le législateur a la prerogative d'adopter des dispositions incluant un régime d'assurance vie qui présente les caractéristiques habituelles d'une assurance collective pour les employés, en tenant compte des intérêts divergents des divers groupes d'âge et de l'intérêt public.

Je conclus que les dispositions imposant une réduction ne traitent pas les demanderesse de façon

the circumstances of the legislative framework of the impugned law. [paras. 169-71]

[79] She therefore found that “[t]he plaintiffs have failed to prove that, as a group, they suffer from pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice or vulnerability based on their economic well-being” (para. 158). We see no basis on which to fault the trial judge’s contextual analysis and its affirmation by the majority of the Court of Appeal. However, we cannot conclude the matter without considering the dissent of Rowles J.A.

[80] Rowles J.A. understood the authorities as mandating an analysis based on a comparator group that precisely corresponded to the claimant group except for the alleged ground of discrimination, the age of the spouse at the time of death. She accepted the claimants’ submission that the appropriate comparator group, on this mirror comparator approach, was comprised of spouses who received both an unreduced supplementary death benefit and were eligible for a survivor’s pension. On this basis, she concluded that the claimants’ reduced benefit treated them unequally. Rowles J.A. acknowledged that this analysis did not constitute a full contextual analysis of the claimants’ situation under the legislation. However, in her view, such an analysis would have been in error; a “contextual analysis” did not invite a “broad, generalized examination of the facts in evidence”, but rather a “directed inquiry” (para. 58). This directed inquiry, based on a narrowly conceived comparator group, led to the conclusion that discrimination was established. Rowles J.A. went on to conclude that the Reduction Provisions were discriminatory because they provided reduced benefits to seniors, “exacerbat[ing] their income vulnerability, which is the very harm against which survivor’s pensions are meant to protect” (para. 92).

[81] In our respectful view, Rowles J.A.’s analysis illustrates how reliance on a mirror comparator

inéquitable, compte tenu de tous les éléments du cadre légal de la mesure contestée. [par. 169-171]

[79] Elle a donc conclu que [TRADUCTION] « [l]es demanderessees n’ont pas prouvé la préexistence d’un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou d’une situation de vulnérabilité découlant de leur situation économique, qu’elles subiraient en tant que groupe » (par. 158). À notre avis, il n’existe aucun motif de désapprouver l’analyse contextuelle effectuée par la juge du procès ni sa confirmation par la majorité des juges de la Cour d’appel. Toutefois, nous ne pouvons pas conclure l’affaire sans examiner la dissidence de la juge Rowles.

[80] Selon la juge Rowles, la jurisprudence commandait une analyse fondée sur un groupe de comparaison présentant des caractéristiques toutes identiques à celles du groupe de demandeurs, à l’exception du motif de discrimination invoqué, soit l’âge des conjoints au moment du décès. Elle a accepté l’argument des demanderessees que le groupe de comparaison approprié, suivant cette méthode de comparaison à un groupe aux caractéristiques identiques, était composé des conjoints ayant touché une prestation supplémentaire de décès non réduite et ayant droit à une pension de survivant. Elle a donc conclu que la prestation réduite versée aux demanderessees constituait un traitement inégal. La juge Rowles a reconnu qu’il ne s’agissait pas d’une analyse contextuelle complète de la situation des demandeurs résultant de la loi. Néanmoins, à son avis, une telle analyse aurait constitué une erreur; une [TRADUCTION] « analyse contextuelle » ne demandait pas un « examen large et généralisé des faits en preuve », mais plutôt une « analyse balisée » (par. 58). Cette analyse balisée, fondée sur un groupe de comparaison défini restrictivement, révélait une discrimination. La juge Rowles a ensuite conclu que les dispositions imposant une réduction étaient discriminatoires parce qu’elles réduisaient la prestation versée aux personnes âgées et, de ce fait, « exacerb[ai]ent leur vulnérabilité sur le plan du revenu, le mal même contre lequel les pensions de survivant sont censées les protéger » (par. 92).

[81] À notre humble avis, l’analyse de la juge Rowles montre comment la comparaison avec

group can occlude aspects of the full contextual analysis that s. 15(1) requires. It de-emphasized the operation of the Reduction Provisions on the death benefit in the context of the entire plan and lifetime needs of beneficiaries. The result was a failure to fully appreciate that the package of benefits, viewed as a whole and over time, does not impose or perpetuate discrimination. For the reasons discussed earlier, this approach cannot be sustained.

[82] We therefore conclude that the reasons of the trial judge and the majority of the Court of Appeal disclose no error in methodology. Nor, in our view, was there error in their assessment of the evidence.

[83] Since the Reduction Provisions do not violate s. 15(1), it is unnecessary to consider whether any infringement is justified under s. 1.

#### VIII. Conclusion

[84] We would dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Do s. 47(1) of the *Public Service Superannuation Act*, R.S.C. 1985, c. P-36, and ss. 15 and 16 of the *Supplementary Death Benefit Regulations*, C.R.C., c. 1360, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

3. Do s. 60(1) of the *Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C. 1985, c. C-17, and s. 52 of the *Canadian Forces Superannuation Regulations*, C.R.C.,

un groupe aux caractéristiques identiques risque d'occulter certains éléments de l'analyse contextuelle complète requise par le par. 15(1). Elle n'accorde pas assez d'importance à l'effet des dispositions imposant une réduction de la prestation de décès dans le contexte du régime global et des besoins des bénéficiaires à chaque étape de leur vie. Pour cette raison, elle n'a pas révélé entièrement que l'ensemble des prestations, envisagées globalement et au fil du temps, ne crée pas et ne perpétue pas une discrimination. Pour les motifs déjà exposés, cette méthode ne peut être validée.

[82] Nous concluons donc que les motifs de la juge du procès et des juges majoritaires de la Cour d'appel ne révèlent aucune erreur quant à la méthode appliquée. Ils ne révèlent non plus aucune erreur dans l'appréciation de la preuve.

[83] Comme les dispositions imposant une réduction ne contreviennent pas au par. 15(1), il n'est pas nécessaire de déterminer si une atteinte quelconque est justifiée au sens de l'article premier.

#### VIII. Conclusion

[84] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles :

1. Le paragraphe 47(1) de la *Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-36, et les art. 15 et 16 du *Règlement sur les prestations supplémentaires de décès*, C.R.C., ch. 1360, contreviennent-ils au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Le paragraphe 60(1) de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, L.R.C. 1985, ch. C-17, et l'art. 52 du *Règlement sur la pension de*

c. 396, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

*retraite des Forces canadiennes*, C.R.C., ch. 396, contreviennent-ils au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

No.

Non.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

It is not necessary to answer this question.

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

*Appeal dismissed.*

*Pourvoi rejeté.*

*Solicitors for the appellants: Arvay Finlay, Vancouver.*

*Procureurs des appelantes : Arvay Finlay, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Toronto.*

*Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Toronto.*

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

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

*Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund: Women's Legal Education and Action Fund, Toronto; Martha McCarthy & Company, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes : Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Toronto; Martha McCarthy & Company, Toronto.*

**Dennis Robert White** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. WHITE

2011 SCC 13

File No.: 33464.

2010: May 14; 2011: March 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Trial — Charge to jury — Post-offence conduct — Murder — Accused fleeing crime scene after shooting victim — Accused conceding at trial to having shot victim unlawfully but claiming lack of intent to kill — Crown stating in closing argument that accused fled with no hesitation, shock or uncertainty — Trial judge instructing jury to be “careful” in considering post-offence conduct — Whether lack of instruction stating that post-offence conduct had no probative value constituting error of law — If so, whether curative proviso applicable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).*

The accused and the victim were engaged in a physical altercation when a loaded handgun in the accused's possession was fired into the victim's chest, killing him instantly. Immediately and without hesitation, the accused fled the scene. He was later apprehended by police and charged with second degree murder. Throughout the Crown's case, the identity of the shooter was a live issue, but by trial's end, the accused effectively admitted to manslaughter, and thus the only live issue before the jury was whether he had the requisite intent for murder. In response to the accused's theory according to which he shot the victim accidentally as the two grappled with one another, the Crown pointed out in its closing argument that the accused had fled with “no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part” and that one would expect hesitation if the shot had been anything other than intended. In his charge

**Dennis Robert White** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. WHITE

2011 CSC 13

N<sup>o</sup> du greffe : 33464.

2010 : 14 mai; 2011 : 11 mars.

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

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

*Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Comportement postérieur à l'infraction — Meurtre — Accusé ayant fui après avoir tiré sur la victime — Accusé ayant concédé au procès avoir abattu la victime illégalement, mais niant avoir eu l'intention de tuer — Ministère public ayant mentionné dans sa plaidoirie finale que l'accusé avait fui sans hésiter, se montrer bouleversé ni indécis — Juge du procès appelant les jurés à la « prudence » à l'égard du comportement postérieur à l'infraction — L'absence de directive indiquant que le comportement postérieur à l'infraction n'avait aucune valeur probante constitue-t-elle une erreur de droit? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice s'applique-t-elle? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).*

L'accusé et la victime se battaient lorsqu'un coup de feu provenant du pistolet chargé que tenait l'accusé a atteint la victime à la poitrine, la tuant instantanément. L'accusé a fui sur-le-champ, sans hésiter. Il a été arrêté plus tard par la police et accusé de meurtre au deuxième degré. L'identité du tireur est demeurée en litige tout au long de la preuve du ministère public, mais à la fin du procès l'accusé avait concédé dans les faits avoir commis un homicide involontaire coupable, de sorte que la seule question que le jury devait trancher était de savoir s'il avait l'intention requise pour commettre un meurtre. En réponse à la thèse de l'accusé selon laquelle il avait tiré accidentellement sur la victime alors que les deux hommes luttèrent corps à corps, le ministère public a souligné, dans sa plaidoirie finale, que l'accusé avait fui « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis » et qu'on se serait attendu à ce qu'il hésite

to the jury, the trial judge referred to the accused's post-offence conduct on two occasions, namely in the context of his instructions on the issue of intent where he stated: "You may consider [the accused's] post-event conduct in fleeing the scene, but you should also be careful with it" and "it may not be of much assistance in assessing his precise state of mind at the time the gun was fired", and in his summary of the Crown's theory of the case. The accused was convicted as charged. On appeal, the accused argued that the trial judge should have specifically instructed the jury that the evidence concerning the circumstances of his flight had no probative value in relation to the issue of intent, because that evidence was consistent with both manslaughter and second degree murder. The majority of the Court of Appeal upheld the conviction, concluding that although the jury charge was deficient, the error was minor and could have no impact on the final verdict. The dissenting judge concluded that the trial judge had erred in failing to give a "no probative value" instruction. In his view, the error was serious such that it could not be saved by using the curative proviso found in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

*Held* (McLachlin C.J. and Binnie and Fish JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* LeBel, Abella, Rothstein and Cromwell JJ.: This case is distinguishable from *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129, on the facts, and the jury charge was adequate. Even assuming that the trial judge erred in his instructions to the jury, the error was harmless and should be saved by the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

The principle that post-offence conduct may constitute circumstantial evidence of guilt remains good law. At its heart, the question of whether such evidence should be subject to a "no probative value" limiting instruction is simply a matter of relevance. As with all other evidence, the relevance and probative value of post-offence conduct must be assessed on a case-by-case basis. Given that post-offence conduct is not fundamentally different from other kinds of circumstantial evidence, its admissibility and the formulation of limiting instructions should be governed by the same principles of evidence that govern other circumstantial evidence. In particular, to be admissible, post-offence conduct evidence must be relevant to a live issue and must not be subject to a specific exclusionary rule; it

si le coup de feu n'avait pas été intentionnel. Dans son exposé au jury, le juge du procès a parlé à deux reprises du comportement de l'accusé après l'infraction : une première fois, en donnant ses directives aux jurés sur la question de l'intention, lorsqu'il a dit : « Vous pouvez tenir compte du comportement que [l'accusé] a adopté après l'événement en fuyant le lieu du crime, mais vous devez utiliser cette preuve avec prudence » et « il se peut [que cette preuve] ne soit pas très utile pour évaluer son état d'esprit précis au moment où le coup de feu a été tiré »; une deuxième fois, en résumant la thèse du ministère public. L'accusé a été déclaré coupable de l'infraction dont il était accusé. En appel, il a soutenu que le juge du procès aurait dû mentionner expressément aux jurés que la preuve des circonstances entourant sa fuite n'avait aucune valeur probante quant à la question de l'intention, car cette preuve était tout aussi compatible avec l'homicide involontaire coupable qu'avec le meurtre au deuxième degré. La cour d'appel, à la majorité, a confirmé la déclaration de culpabilité, concluant que l'exposé au jury était entaché d'une erreur, mais que cette erreur était négligeable et ne pouvait avoir d'incidence sur le verdict final. Le juge dissident a statué que le juge du procès avait commis une erreur en n'indiquant pas que la preuve n'avait « aucune valeur probante ». Selon lui, cette erreur était grave au point où la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne permettait pas d'y remédier.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Binnie et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* LeBel, Abella, Rothstein et Cromwell : Les faits diffèrent de ceux de l'affaire *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, et l'exposé au jury était correct. Même en supposant que le juge du procès a commis une erreur dans ses directives, cette erreur était inoffensive et la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* doit lui être appliquée.

Le principe selon lequel le comportement postérieur à l'infraction peut constituer une preuve circonstancielle de culpabilité est toujours valable. Fondamentalement, la question de savoir si une telle preuve doit faire l'objet d'une directive restrictive indiquant qu'elle n'a « aucune valeur probante » est simplement fonction de sa pertinence. Comme pour tous les autres éléments de preuve, la pertinence et la valeur probante du comportement postérieur à l'infraction s'apprécient au cas par cas. Comme la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction ne diffère pas fondamentalement des autres types de preuve circonstancielle, son admissibilité et la formulation de directives restrictives devraient obéir aux mêmes principes de preuve que les autres éléments de preuve circonstancielle. Plus particulièrement, pour

may also be excluded pursuant to the exercise of a recognized judicial discretion. It is also possible, and often appropriate, for a trial judge to warn the jury of the risks associated with certain types of evidence. The purpose of such a caution is to alert the jury to the danger, which has been recognized through judicial experience, but then allow the properly informed jurors to evaluate the evidence with care. Moreover, there is an important distinction to be made between a limiting instruction and a warning or caution. A limiting instruction tells the jury they must not consider the evidence for one or several purposes, and a warning or caution leaves the evidence for the jury to consider, but warns them to be careful with it. In the present case, the judge did warn the jury to be careful with the evidence relating to the accused's flight and that there may be one or more explanations for his conduct.

*Arcangioli* and its successor cases, such as *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, do not support the very broad proposition that post-offence conduct is generally inadmissible in determining whether an accused is guilty of manslaughter or murder. Indeed, they stand for the proposition that a "no probative value" instruction will be required when an accused's post-offence conduct is "equally explained by" or "equally consistent with" two or more offences. Those cases should be understood as a restatement, tailored to specific circumstances, of the established rule that circumstantial evidence must be relevant to the fact in issue. Whether or not a given instance of post-offence conduct has probative value with respect to an accused's level of culpability depends entirely on the specific nature of the conduct, its relationship to the record as a whole, and the issues raised at trial. Furthermore, when the question is whether certain evidence should be removed from the jury because it is irrelevant, it is enough to evaluate whether that evidence is relevant to the material fact at issue as a matter of logic and human experience. The risk that a jury will misuse or be misled by an item of evidence should not inform the relevance determination. Instead, this risk is appropriately addressed through the trial judge's discretion to exclude evidence whose prejudicial effect outweighs its probative value or through a caution in the jury charge.

être admise, la preuve du comportement postérieur à l'infraction doit être pertinente relativement à une question en litige et n'être visée par aucune règle d'exclusion particulière; elle peut également être exclue par suite de l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire reconnu. Il est aussi possible, et souvent opportun, pour le juge du procès de prévenir le jury des risques associés à certains types de preuve. Pareille mise en garde a pour objet de signaler au jury le danger, constaté par les tribunaux au fil du temps, tout en lui permettant, une fois bien informé, d'apprécier la preuve avec prudence. De plus, il existe une distinction importante entre une directive limitative et une mise en garde ou un avertissement. Une directive restrictive interdit au jury de tenir compte de la preuve à une ou plusieurs fins alors qu'une mise en garde ou un avertissement laisse au jury le soin d'apprécier la preuve, mais l'appelle à la prudence. En l'espèce, le juge a dit aux jurés qu'ils devaient apprécier la preuve relative à la fuite de l'accusé avec prudence et que son comportement pouvait avoir une ou plusieurs explications.

L'arrêt *Arcangioli* et ceux qui l'ont suivi, notamment *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, n'appuient pas le principe très large selon lequel le comportement postérieur à l'infraction est généralement inadmissible pour déterminer si un accusé est coupable d'homicide involontaire coupable ou de meurtre. En effet, ils énoncent le principe qu'une directive indiquant que la preuve du comportement postérieur à l'infraction n'a « aucune valeur probante » est nécessaire lorsque ce comportement peut « s'expliquer tout autant par » la perpétration de deux infractions ou plus, ou est « tout aussi compatible » avec deux infractions ou plus. Il faut voir ces arrêts comme reformulant, en l'adaptant à un contexte précis, la règle établie selon laquelle un élément de preuve circonstancielle doit être pertinent à l'égard du fait en cause. La valeur probante de la preuve du comportement postérieur à l'infraction à l'égard du degré de culpabilité de l'accusé dans un cas donné dépend entièrement de la nature particulière du comportement, de son rapport avec l'ensemble du dossier et des questions soulevées au procès. En outre, lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a lieu de soustraire une certaine preuve à l'examen du jury parce qu'elle n'est pas pertinente, il suffit de déterminer si elle est pertinente relativement au fait substantiel en cause selon la logique et l'expérience humaine. Pour évaluer la pertinence d'un élément de preuve, il ne faut pas prendre en considération le risque qu'il induise le jury en erreur ou qu'il soit mal utilisé par le jury. Le juge du procès doit plutôt remédier à ce risque en exerçant son pouvoir discrétionnaire d'exclure un élément de preuve qui est plus préjudiciable qu'il n'est probant ou en incluant une mise en garde dans son exposé aux jurés.

In this case, the trial judge's instructions to the jury on the question of post-offence conduct were adequate and did not constitute an error of law. Indeed, the conduct alluded to by the Crown was not the flight itself, but rather the accused's failure to hesitate after his gun was fired into the victim's chest before he fled the scene. This is different from the question at issue in *Arcangioli*, which concerned the simple act of fleeing from the scene. The situation in the present case is no different from that in *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, in that a jury could legitimately infer that the accused's lack of hesitation after the gun was fired belied his claim that the shooting was accidental. Evidence of such a failure is thus relevant to the question of whether he had the requisite intent for second degree murder. Moreover, the evidence was not tainted by the hallmark flaws associated with demeanour evidence so as to be irrelevant, nor was it an invitation to infer a murderous intent from the way the accused looked just before he fled. Lack of hesitation prior to flight is an objective fact, from which the finder of fact, and not a witness is asked to draw an inference of no shock or surprise. While it is true that using evidence of lack of hesitation prior to flight presupposes a normal range of reactions, and while it may be that not everyone will respond in the same way, divergence from that norm, though not determinative, is more consistent with an intentional shooting than with an accident. It would therefore have been wrong for the trial judge to instruct the jury that this evidence had no probative value in determining intent. As well, while it is theoretically possible to read the trial judge's statement as an invitation to consider the accused's act of flight as evidence of consciousness of guilt, this would not be a reasonable interpretation given the context in which the statement was made.

It was, however, appropriate for the trial judge to warn the jury to be careful with the post-event conduct evidence and tell them that it might not be of much assistance. Indeed, there could have been other explanations for the accused's failure to hesitate. While the notion that a person who accidentally shoots someone to death will normally have the immediate reaction of hesitating or showing some other sign of surprise is well founded, there may be exceptional individuals who do not respond in the normal way. The caution was adequate to alert the jury to the risk associated with that evidence and to allow them to properly weigh it.

En l'espèce, les directives du juge du procès au jury sur le comportement postérieur à l'infraction étaient suffisantes et ne constituaient pas une erreur de droit. En effet, le comportement évoqué par le ministère public n'est pas la fuite même, mais plutôt le fait que l'accusé n'a pas hésité avant de prendre la fuite après qu'un coup de feu provenant de son arme a atteint la victime à la poitrine. Il en était autrement dans *Arcangioli*, où c'était simplement la fuite comme telle qui était en cause. La situation en cause ici n'est pas différente de celle examinée dans *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, car un jury pourrait légitimement conclure que l'absence d'hésitation chez l'accusé après le coup de feu contredisait sa prétention que le coup était parti accidentellement. La preuve de l'absence d'hésitation est donc pertinente quant à l'existence de l'intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré. Qui plus est, cette preuve n'était pas entachée des lacunes caractéristiques de la preuve relative à l'attitude au point d'être dénuée de pertinence et n'était pas une invitation à conclure à l'intention de commettre un meurtre, à partir de l'air qu'avait l'accusé juste avant sa fuite. L'absence d'hésitation avant la fuite constitue un fait objectif à partir duquel on demande au juge des faits (et non au témoin) de conclure que l'accusé n'était ni bouleversé ni surpris. Certes, l'utilisation de la preuve de l'absence d'hésitation avant la fuite présuppose qu'une certaine gamme de réactions sont normales et il se peut que toutes les personnes ne réagissent pas de la même façon, mais un écart par rapport à cette norme, bien qu'il ne soit pas déterminant, est plus compatible avec un coup de feu intentionnel qu'avec un coup de feu accidentel. Le juge du procès aurait donc eu tort de dire au jury que cette preuve n'avait aucune valeur probante relativement à l'intention. De même, bien qu'il soit possible en théorie d'interpréter les propos du juge du procès comme une invitation à considérer la fuite de l'accusé comme une preuve de sa conscience de culpabilité, cette interprétation ne serait pas raisonnable compte tenu du contexte de ces propos.

C'est toutefois à bon droit que le juge du procès a appelé le jury à la prudence à l'égard de la preuve du comportement postérieur à l'infraction et précisé qu'elle ne lui serait peut-être pas très utile. Il aurait pu exister d'autres explications au fait que l'accusé a fui sans hésiter. Bien qu'il soit justifié de croire que, normalement, la personne qui en tue accidentellement une autre d'un coup de feu aura un moment d'hésitation ou manifestera quelque autre signe de surprise, il est possible que des personnes singulières ne réagissent pas normalement. La mise en garde était suffisante pour informer le jury des risques associés à cette preuve et lui permettre de bien la soupeser.



Nevertheless, if there was an error in the trial judge's instructions, it should be saved by the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii). It would have been ideal for the trial judge, when instructing the jury on the matter of intent, to refer expressly and exclusively to the accused's lack of hesitation, as opposed to his "conduct in fleeing the scene". However, even assuming that the statement was persistently or intractably ambiguous and therefore constitutes an error, such an error is a minor one. There is no requirement for perfectly instructed juries, and given the nature of the purported error, it was unlikely to have had any effect on the jury's deliberations.

*Per Deschamps and Charron JJ.:* There is agreement with Binnie J.'s analysis on the law concerning the use that may be made of evidence of post-offence conduct. As he stresses, it is definitely wrong to suggest that evidence of anything said or done by an accused after the commission of an offence gives rise to special rules of admissibility, or that it is subject to special warnings as to what use may be made of it by the trier of fact. There is also agreement with Binnie J. that judicial experience has taught us that in some cases jurors have found certain types of evidence more persuasive than warranted, thus making it necessary in appropriate cases to caution the jury accordingly or remove the evidence from their consideration altogether. Furthermore, it is agreed that inferences drawn by a witness, based on his or her observation of the accused's demeanour, may well call for a special caution or be subject to an exclusion order.

However, there is disagreement with Binnie J. on the significance he attaches to Crown counsel's reference in his closing address to the fact that the accused immediately fled the scene "with no hesitation here, no shock, no uncertainty". The Crown did not invite the jury to draw an impermissible inference of guilt. Taken in context, Crown counsel's comment could only have been understood by the jury as a rhetorical argument that no evidence supported the defence theory of accidental discharge of the firearm. The failure of defence counsel to raise any issue at trial regarding Crown counsel's closing address or the trial judge's instructions on the evidence of flight further supports this interpretation.

Si les directives du juge du procès comportaient une erreur, il y aurait lieu d'y remédier par l'application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii). Idéalement, le juge du procès aurait dû, dans ses directives au jury sur la question de l'intention, mentionner expressément et uniquement le fait que l'accusé n'a pas hésité, plutôt que de parler du comportement qu'il a adopté « en fuyant le lieu du crime ». Toutefois, même en supposant que ses propos demeurent toujours et irréductiblement ambigus et qu'ils constituent de ce fait une erreur, il s'agit d'une erreur négligeable. Il n'est pas obligatoire que le jury reçoive des directives parfaites et, vu sa nature, la prétendue erreur n'aurait vraisemblablement pas influé sur les délibérations du jury.

*Les juges Deschamps et Charron :* Il y a accord avec l'analyse que fait le juge Binnie des règles de droit concernant l'utilisation qui peut être faite de la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction. Comme il le souligne, c'est nettement une erreur que de supposer que la preuve de ce que l'accusé a pu dire ou faire après la perpétration de l'infraction est assujettie à des règles d'admissibilité spéciales ou justifie une mise en garde particulière quant à l'utilisation que le juge des faits peut en faire. Il y a également accord avec l'avis du juge Binnie que l'expérience a démontré que, dans certaines instances, les jurés attribuent une force probante injustifiée à certains types d'éléments de preuve, de sorte qu'il faut, au besoin, les mettre en garde en conséquence ou soustraire complètement la preuve à leur appréciation. Il est en outre reconnu que les conclusions tirées par un témoin à partir de sa propre observation de l'attitude de l'accusé peuvent fort bien appeler une mise en garde particulière ou faire l'objet d'une ordonnance d'exclusion.

Il y a toutefois désaccord avec le juge Binnie sur l'importance qu'il accorde à la remarque que l'avocat du ministère public a faite dans sa plaidoirie finale, suivant laquelle l'accusé avait quitté immédiatement les lieux « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis ». Le ministère public n'a pas invité ainsi le jury à tirer une conclusion de culpabilité injustifiée. Interprétée dans son contexte, la remarque du ministère public devait forcément être perçue par le jury comme une observation rhétorique suivant laquelle aucun élément de preuve n'étayait la thèse du coup de feu accidentel proposée par la défense. Le défaut de l'avocat de la défense de soulever quelque question que ce soit au procès, au sujet de la plaidoirie finale de l'avocat du ministère public ou des instructions du juge du procès concernant la preuve de la fuite, appuie cette interprétation.

There is also no support in the record for the accused's contention, accepted by Binnie J., that this case is a re-run of *Arcangioli*. In that case, the accused admitted to participating in the culpable event and the only issue at trial was his level of culpability. Conversely, in the present case, the identity of the shooter was a very live issue and the evidence of flight was highly relevant to the issue of identification. Moreover, it formed an inextricable part of the narrative as every witness to the event described the shooter, gun in hand, fleeing the scene. The evidence was therefore admissible at trial and properly left for the jury's assessment. The trial judge's instructions regarding this evidence contained no error. The evidence of flight was reviewed for the jury in this context and its significance would have been properly understood. In addition, on the question of intention, the trial judge took care to instruct the jury that they should "be careful with" the evidence in question, as it might not tell them "much more than that for any number of reasons he would be in some kind of trouble if he stayed at the scene and it may not be of much assistance in assessing his precise state of mind at the time the gun was fired". In the context of this trial, no more was required. Accordingly, there is agreement with Rothstein J. that the jury charge contained no error, and there is no reason to interfere with the jury's verdict.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie and Fish JJ. (dissenting): The rules governing jury instructions where evidence relied on by the prosecution is not probative, or if probative is outweighed by unfair prejudice, are outlined in recent decisions in this Court in cases such as *Arcangioli* and *White*. The present case is not distinguishable in principle from *Arcangioli*. Indeed, as in *Arcangioli*, the conduct of the accused in the immediate aftermath of the offence was a significant element in the Crown's argument to the jury, and in the trial judge's final instructions. As well, there was the danger in this case that the jury might fail to take account of alternative explanations for the accused's behaviour, and that they might mistakenly leap from such demeanour evidence to a conclusion of guilt. Had the issue of identity been put to the jury, undoubtedly evidence of flight would have been highly relevant. It might have been used by the jury, along with other evidence to find the accused to be the shooter. In the end, however, identity was admitted. Accordingly, the accused's post-offence conduct was not simply put forward as part of the narrative; it was put forward as proof of guilt of second degree murder. On the basis of *Arcangioli*, that

Le dossier n'offre non plus aucun fondement à l'argument de l'accusé, retenu par le juge Binnie, suivant lequel la présente espèce est identique à l'affaire *Arcangioli*. Dans cette affaire, l'accusé avait admis avoir participé aux faits incriminés et la seule question en litige au procès était son degré de culpabilité. À l'opposé, en l'espèce, l'identité de l'auteur du coup de feu était au cœur du débat et la preuve de la fuite était très pertinente quant à la question de l'identification. Il s'agissait par ailleurs d'une partie inextricable du récit des faits, car chacun des témoins de l'incident avait mentionné que le tueur s'était enfui, un pistolet à la main. La preuve était donc admissible au procès et a été soumise à bon droit à l'appréciation du jury. Les directives du juge du procès sur cette preuve n'étaient entachées d'aucune erreur. C'est dans ce contexte que la preuve de la fuite a été passée en revue à l'intention du jury, qui a dû en comprendre correctement la signification. De plus, en ce qui a trait à l'intention, le juge du procès a pris soin d'expliquer aux jurés qu'ils devaient utiliser cette preuve « avec prudence », car il se peut « qu'elle ne démontre rien de plus que, pour différentes raisons, l'appelant aurait eu des ennuis s'il était resté sur les lieux et il se peut qu'elle ne soit pas très utile pour évaluer son état d'esprit précis au moment où le coup de feu a été tiré ». Dans le contexte du présent procès, cela suffisait. Il y a donc accord avec le juge Rothstein pour dire que les directives au jury ne contenaient pas d'erreur et qu'il n'existe aucun motif de modifier le verdict du jury.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie et Fish (dissidents) : Les règles régissant les directives aux jurés dans les cas où la preuve du ministère public n'a aucune valeur probante, ou une valeur probante trop faible pour contrebalancer le préjudice inéquitable qui en découlerait, sont énoncées dans des arrêts récents de notre Cour, tels *Arcangioli* et *White*. La présente espèce ne se distingue pas, sur le plan des principes, de l'affaire *Arcangioli*. Tout comme dans *Arcangioli*, le comportement de l'appelant tout juste après l'infraction constituait un élément important de la plaidoirie adressée au jury par le ministère public et des directives finales du juge du procès. De même, en l'espèce, le jury risquait de ne pas prendre en considération les autres explications possibles du comportement de l'accusé et de conclure immédiatement, à tort, à sa culpabilité à partir de cet élément de preuve relative à l'attitude. Si la question de l'identité avait été soumise au jury, la preuve de la fuite aurait sans aucun doute été très pertinente. Elle aurait pu être utilisée par le jury, de concert avec d'autres éléments de preuve, pour conclure que l'accusé était le tireur. Mais, en fin de compte, l'identité a été admise. La preuve du comportement

evidence was inadmissible to prove the specific intent necessary to support a conviction for murder.

Evidence of post-offence conduct is typical of many items of evidence adduced in a criminal trial: it is evidence of limited admissibility; the trier of fact may use it for one or more purposes but not for another. It follows that its introduction imposes on the trial judge in a jury trial the obligation to explain both the permitted and prohibited use of the evidence. The need will depend on the facts. One of the problems with evidence of post-offence conduct is that often the inferences sought are too equivocal for the evidence to be of any value. The question, as always, is the strength of the inferential link between the evidence in question and the fact sought to be established. If the evidence introduced in relation to a contentious issue has no probative value — or value that depends entirely on speculative or unreasonable inferences — it is irrelevant and should not be cluttering up the jury's deliberations. In other situations, the inferences urged by the prosecution from post-offence conduct are impermissible for legal reasons rather than illogicality, and the evidence may be effectively withdrawn from the jury with a "no probative value" instruction. Whether or not a special caution is required with respect to post-offence conduct will depend not on whether that evidence alone can support an inference of guilt but on the court's appreciation of the risk of impermissible inferences in relation to the issues on which the prosecution in its jury address places reliance.

There is no doubt that post-offence conduct is a type of circumstantial evidence and that when it comes to the need for a limiting instruction, much will depend on the facts. However, it is not enough simply to evaluate whether evidence as to, in this case, the accused's "no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part" might be portrayed as relevant to the issue of murderous intent merely as a matter of logic and human experience. Rather, relevance depends on the evidence having probative value in relation to a live issue. If the post-offence evidence of demeanour is not probative it

de l'accusé après l'infraction n'a donc pas été présentée en tant que partie de l'exposé des faits, mais plutôt comme preuve de la perpétration d'un meurtre au deuxième degré. Suivant *Arcangioli*, cette preuve ne pouvait être admise afin d'établir l'intention spécifique nécessaire pour justifier un verdict de culpabilité pour meurtre.

La preuve du comportement postérieur à l'infraction est typique de nombreux éléments de preuve présentés dans un procès criminel : l'admissibilité de cette preuve est limitée; le juge des faits peut utiliser cette preuve à une ou plusieurs fins, mais non à d'autres. Par conséquent, la production de cette preuve dans un procès avec jury impose au juge l'obligation d'expliquer au jury ce qu'il peut en faire et ce qu'il ne peut pas en faire. Tout dépendra des faits. L'une des difficultés que pose la preuve du comportement postérieur à l'infraction tient à ce que, souvent, les inférences recherchées peuvent être trop équivoques pour que la preuve ait une valeur quelconque. La question consiste, comme toujours, à évaluer la force du lien inférentiel entre la preuve et le fait que l'on cherche à établir. Si la preuve relative à une question litigieuse n'a aucune valeur probante — ou a une valeur qui dépend entièrement d'inférences hypothétiques ou déraisonnables, — elle n'est pas pertinente et ne devrait pas encombrer inutilement les délibérations du jury. Dans d'autres cas, les inférences qui, selon le ministère public, devraient être tirées du comportement postérieur à l'infraction sont inacceptables pour des raisons juridiques et non parce qu'elles sont illogiques et cette preuve peut être soustraite de fait à l'attention du jury par une directive précisant qu'elle n'a « aucune valeur probante ». La nécessité de faire une mise en garde spéciale à l'égard du comportement postérieur à l'infraction ne dépendra pas de savoir si cette preuve peut ou non étayer à elle seule une conclusion de culpabilité, mais plutôt de l'appréciation que le tribunal fera du risque que le jury tire des inférences inacceptables relativement aux questions sur lesquelles s'appuie la poursuite en s'adressant au jury.

Il ne fait pas de doute que le comportement postérieur à l'infraction entre dans la catégorie des éléments de preuve circonstancielle et que la question de savoir si une directive restrictive s'impose dépendra largement des faits. Il ne suffit pas de simplement déterminer si la preuve selon laquelle, en l'espèce, l'appelant a fui « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis » peut être considérée comme pertinente quant à la question de l'intention de commettre un meurtre simplement selon la logique et l'expérience humaine. La pertinence d'une preuve dépend plutôt de sa valeur probante relativement

is not relevant. As to probity, it is necessary to evaluate demeanour evidence having regard to the practical lessons that have accumulated in the courts over many years with respect to the potentially misleading nature of certain types of post-offence demeanour. While the bare fact of flight from the scene may be objective the same cannot be said of what a bystander interprets as a momentary lack of hesitation or absence of a demonstration of “shock” or “uncertainty”. This type of evidence depends on the unspoken assumptions that hesitation is normal whereas an immediate reaction is abnormal, and that the conduct of the accused fell below some assumed but unarticulated standard of procrastination. Moreover, this assumed departure from the assumed norm is said to give rise — potentially — to further inference of murderous intent. The double inference is problematic and relies on the type of subjective after-the-fact evaluation which experience has shown to be unreliable.

In this case, the Crown specifically urged the jury to infer murderous intent from “no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part, just immediate flight”. The Crown emphasis was not on the act of flight (which was an objective fact) but on the alleged demeanour of the accused which was a matter of interpretation and opinion by a stranger necessarily calibrated according to the stranger’s own subjective expectation and cultural frame of reference about what would be expected. It seems equally plausible to conclude that a person in possession of an illegal handgun that has just shot a stranger — accidentally or otherwise — would run away as fast and far as he could without any hesitation at all. The use of such demeanour evidence in this case ought not to have been permitted to go to the jury on the critical, and virtually the only, issue in the case — murderous intent or accident. A jury should not be invited to draw unequivocal inferences from equivocal conduct based on attributed motives and subjective interpretations or misinterpretations of physical reactions. Moreover, because the accused’s lack of hesitation and instantaneous flight are equally explainable by the consciousness of more than one offence, the conduct has no probative value in relation to intent. The Crown asked the jury to draw speculative and unreasonable inferences on the issue of specific intent and the jury ought to have been instructed that the evidence of flight and the pre-flight demeanour was of no probative value on the issue of murderous intent. In addition, failure of the accused’s trial counsel to

à une question en litige. Si la preuve relative à l’attitude postérieure à l’infraction n’est pas probante, elle ne sera pas pertinente. Et la valeur probante de la preuve relative à l’attitude doit être évaluée au regard de l’expérience pratique acquise par les tribunaux au fil des ans en ce qui concerne le risque que certains types de comportement postérieur à l’infraction induisent le jury en erreur. Si le simple fait que l’accusé a fui les lieux du crime peut être un fait objectif, il en va autrement des éléments qu’un observateur interprète comme le défaut d’hésiter momentanément, ou de se montrer « bouleversé » ou « indécis ». Ce genre de preuve repose sur des suppositions non exprimées voulant qu’il soit normal d’hésiter, mais anormal de réagir instantanément et que le comportement de l’appelant déroge à une norme de procrastination présumée, mais non énoncée. De plus, on dit que cette présumée dérogation à la norme présumée justifie — potentiellement — une autre inférence selon laquelle l’accusé avait l’intention de commettre un meurtre. Cette double inférence pose problème et s’appuie sur le type d’appréciation subjective après les faits dont l’expérience a démontré la non-fiabilité.

En l’espèce, le ministère public a expressément exhorté les jurés à inférer l’intention de commettre un meurtre du fait que l’accusé avait quitté les lieux « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis, [avait] juste fui sur-le-champ ». Le ministère public n’a pas mis l’accent sur la fuite (un fait objectif), mais sur la prétendue attitude de l’accusé qui était une question de perception et d’opinion de la part d’un inconnu, nécessairement déterminée par les attentes subjectives et le cadre de référence culturel de cet inconnu quant à l’attitude à laquelle il s’attendrait. Il semble tout aussi plausible de conclure qu’une personne en possession d’un pistolet illégal avec lequel un inconnu vient d’être abattu — accidentellement ou non — se sauverait aussi vite et aussi loin que possible, sans hésiter le moindre instant. Il ne fallait pas, en l’espèce, laisser cette preuve de l’attitude de l’accusé à l’appréciation du jury relativement à la question cruciale, et pour ainsi dire l’unique question en litige — soit celle de l’intention de commettre un meurtre ou de la survenue d’un accident. Le jury ne doit pas être invité à tirer des inférences non équivoques d’un comportement équivoque sur le fondement de suppositions sur les raisons de réactions physiques interprétées ou mal interprétées subjectivement. En outre, puisque l’absence d’hésitation et la fuite instantanée de l’accusé peuvent s’expliquer par la conscience de culpabilité tant à l’égard d’une infraction qu’à l’égard d’une ou plusieurs autres, ce comportement n’a aucune valeur probante quant à l’intention. Le ministère public a demandé au jury de tirer des inférences hypothétiques

object to this aspect of the charge should not deny him relief.

Finally, the prosecution's case against the accused for second degree murder was not overwhelming. The jury had little to work with in finding a way to choose between the hand to hand combat scenario suggesting manslaughter and the downwards shooting of an individual already on the ground which might suggest second degree murder. In these elusive circumstances, post-offence conduct of reaction time and demeanour took on considerable importance, which is why, no doubt, the Crown laid considerable emphasis on it in its closing argument. The error was therefore not harmless, and the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) should have no application.

### Cases Cited

By Rothstein J.

**Distinguished:** *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; **discussed:** *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26; **referred to:** *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716; *R. v. Peavoy* (1997), 34 O.R. (3d) 620; *Gudmondson v. The King* (1933), 60 C.C.C. 332; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600; *R. v. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Hurley*, 2010 SCC 18, [2010] 1 S.C.R. 637; *R. v. Hibbert*, 2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445; *R. v. Curran* (2004), 188 O.A.C. 1; *R. v. Levert* (2001), 150 O.A.C. 208; *R. v. Trotta* (2004), 191 O.A.C. 322, rev'd 2007 SCC 49, [2007] 3 S.C.R. 453; *R. v. Anderson*, 2009 ABCA 67, 3 Alta. L.R. (5th) 29; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864; *R. v. Mac*, 2002 SCC 24, [2002] 1 S.C.R. 856; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314.

By Charron J.

**Referred to:** *R. v. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129.

ou déraisonnables sur la question de l'intention spécifique et le jury aurait dû recevoir des directives précisant que la preuve de la fuite et de l'attitude de l'accusé avant sa fuite n'a aucune valeur probante quant à l'existence de l'intention de commettre un meurtre. De plus, le défaut de l'avocat de l'accusé de soulever une objection à cet aspect de l'exposé au jury lors du procès ne devrait pas le priver d'une réparation.

Enfin, la preuve de meurtre au deuxième degré présentée contre l'accusé n'était pas accablante. Le jury disposait de peu d'éléments lui permettant de choisir entre un combat corps à corps laissant croire à un homicide involontaire et un coup de feu tiré sur un homme qui était déjà au sol pouvant laisser croire à un meurtre au deuxième degré. Dans ces circonstances incertaines, le comportement de l'accusé après l'infraction en ce qui concerne son temps de réaction et son attitude a pris énormément d'importance, ce qui explique sans doute pourquoi le ministère public a insisté sur cette preuve dans sa plaidoirie finale. L'erreur n'était donc pas inoffensive et la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) ne devrait pas trouver application.

### Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

**Distinction d'avec les arrêts :** *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; **arrêt analysé :** *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26; **arrêts mentionnés :** *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *R. c. Peavoy* (1997), 34 O.R. (3d) 620; *Gudmondson c. The King* (1933), 60 C.C.C. 332; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600; *R. c. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Hurley*, 2010 CSC 18, [2010] 1 R.C.S. 637; *R. c. Hibbert*, 2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445; *R. c. Curran* (2004), 188 O.A.C. 1; *R. c. Levert* (2001), 150 O.A.C. 208; *R. c. Trotta* (2004), 191 O.A.C. 322, inf. par 2007 CSC 49, [2007] 3 R.C.S. 453; *R. c. Anderson*, 2009 ABCA 67, 3 Alta. L.R. (5th) 29; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *R. c. Mac*, 2002 CSC 24, [2002] 1 R.C.S. 856; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314.

Citée par la juge Charron

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129.

By Binnie J. (dissenting)

*R. v. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Anderson*, 2009 ABCA 67, 3 Alta. L.R. (5th) 29; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109; *R. v. Campbell* (1998), 122 C.C.C. (3d) 44; *Gudmondson v. The King* (1933), 60 C.C.C. 332; *R. v. Turcotte*, 2005 SCC 50, [2005] 2 S.C.R. 519; *R. v. Peavoy* (1997), 34 O.R. (3d) 620; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. MacKinnon* (1999), 43 O.R. (3d) 378; *R. v. Cudjoe*, 2009 ONCA 543, 68 C.R. (6th) 86; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26; *R. v. Figueroa*, 2008 ONCA 106, 58 C.R. (6th) 305; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. B. (S.C.)* (1997), 36 O.R. (3d) 516; *R. v. Bisson* (1997), 114 C.C.C. (3d) 154; *R. v. Bennett* (2003), 67 O.R. (3d) 257; *R. v. Baltrusaitis* (2002), 58 O.R. (3d) 161; *R. v. Powell* (2006), 215 C.C.C. (3d) 274; *R. v. Marinaro*, [1996] 1 S.C.R. 462, rev'g (1994), 95 C.C.C. (3d) 74; *Thériault v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 336; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716; *R. v. Illes*, 2008 SCC 57, [2008] 3 S.C.R. 134; *R. v. Charlebois*, 2000 SCC 53, [2000] 2 S.C.R. 674; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

#### Authors Cited

*Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, “demeanour”.

Ontario. *Report of the Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin* (Kaufman Report). Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2008.

Palmer, Andrew. “Guilt and the Consciousness of Guilt: The Use of Lies, Flight and other ‘Guilty Behaviour’ in the Investigation and Prosecution of Crime” (1997), 21 *Melbourne U. L. Rev.* 95.

Rondinelli, Vincenzo. “The Probative Force: Getting Inside the Guilty Mind and Keeping Out Equivocal Conduct” (2005), 26:3 *Criminal Lawyers’ Association Newsletter* 38.

*Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. by Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.

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

Citée par le juge Binnie (dissident)

*R. c. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Anderson*, 2009 ABCA 67, 3 Alta. L.R. (5th) 29; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109; *R. c. Campbell* (1998), 122 C.C.C. (3d) 44; *Gudmondson c. The King* (1933), 60 C.C.C. 332; *R. c. Turcotte*, 2005 CSC 50, [2005] 2 R.C.S. 519; *R. c. Peavoy* (1997), 34 O.R. (3d) 620; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. MacKinnon* (1999), 43 O.R. (3d) 378; *R. c. Cudjoe*, 2009 ONCA 543, 68 C.R. (6th) 86; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26; *R. c. Figueroa*, 2008 ONCA 106, 58 C.R. (6th) 305; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. B. (S.C.)* (1997), 36 O.R. (3d) 516; *R. c. Bisson*, [1997] R.J.Q. 286; *R. c. Bennett* (2003), 67 O.R. (3d) 257; *R. c. Baltrusaitis* (2002), 58 O.R. (3d) 161; *R. c. Powell* (2006), 215 C.C.C. (3d) 274; *R. c. Marinaro*, [1996] 1 R.C.S. 462, inf. (1994), 95 C.C.C. (3d) 74; *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *R. c. Illes*, 2008 CSC 57, [2008] 3 R.C.S. 134; *R. c. Charlebois*, 2000 CSC 53, [2000] 2 R.C.S. 674; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

#### Doctrine citée

*Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris : Le Robert, 2010, « attitude ».

Ontario. *Rapport de la Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin* (Rapport Kaufman). Toronto : Ministère du Procureur général, 1998.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto : Irwin Law, 2008.

Palmer, Andrew. « Guilt and the Consciousness of Guilt : The Use of Lies, Flight and other “Guilty Behaviour” in the Investigation and Prosecution of Crime » (1997), 21 *Melbourne U. L. Rev.* 95.

Rondinelli, Vincenzo. « The Probative Force : Getting Inside the Guilty Mind and Keeping Out Equivocal Conduct » (2005), 26:3 *Criminal Lawyers’ Association Newsletter* 38.

*Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. by Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst. Markham, Ont. : LexisNexis, 2009.

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

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Ryan and Chiasson J.J.A.), 2009 BCCA 513, 278 B.C.A.C. 177, 248 C.C.C. (3d) 499, 71 C.R. (6th) 266, 471 W.A.C. 177, [2009] B.C.J. No. 2276 (QL), 2009 CarswellBC 3083, upholding the accused's conviction for second degree murder. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Binnie and Fish JJ. dissenting.

*Kathleen M. Bradley and Nikos Harris*, for the appellant.

*Wendy L. Rubin, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of LeBel, Abella, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

ROTHSTEIN J. —

### I. Introduction

[1] In the early hours of December 3, 2005, Lee Matasi was killed by a gunshot to the heart. According to multiple eyewitnesses, he was shot by the appellant, Dennis Robert White. The two had been engaged in a physical altercation that began after Mr. Matasi made a disparaging remark to Mr. White, who was in possession of a loaded handgun. In the course of their struggle, the gun was fired into Mr. Matasi's chest, killing him instantly. Mr. White immediately fled the scene, but was later apprehended by the police.

[2] Mr. White was charged with second degree murder. Throughout the Crown's case, the identity of the shooter was a live issue. However, by trial's end, counsel for the defence had effectively (though not formally) conceded that Mr. White had shot Mr. Matasi unlawfully and was therefore guilty of manslaughter. Thus, the only live issue before the jury was whether Mr. White had the requisite intent for second degree murder. The jury found that he did and convicted him on that charge.

[3] Mr. White appealed his conviction to the B.C. Court of Appeal, alleging that the trial judge erred

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Finch, Ryan et Chiasson), 2009 BCCA 513, 278 B.C.A.C. 177, 248 C.C.C. (3d) 499, 71 C.R. (6th) 266, 471 W.A.C. 177, [2009] B.C.J. No. 2276 (QL), 2009 CarswellBC 3083, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé pour meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Binnie et Fish sont dissidents.

*Kathleen M. Bradley et Nikos Harris*, pour l'appelant.

*Wendy L. Rubin, c.r.*, pour l'intimée.

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

LE JUGE ROTHSTEIN —

### I. Introduction

[1] Aux premières heures du matin, le 3 décembre 2005, Lee Matasi a été tué d'une balle au cœur. Selon plusieurs témoins oculaires, le coup de feu a été tiré par l'appelant, Dennis Robert White. Les deux protagonistes en étaient venus aux mains après une remarque désobligeante de M. Matasi à l'endroit de M. White, qui avait un pistolet chargé. Un coup de feu a été tiré au cours de l'empoignade. M. Matasi a été atteint à la poitrine et est mort sur le coup. M. White a fui les lieux immédiatement, mais il a plus tard été arrêté par la police.

[2] M. White a été accusé de meurtre au deuxième degré. La question de l'identité du tireur est demeurée en litige tout au long de la présentation de la preuve du ministère public. Toutefois, à la fin du procès, l'avocat de la défense avait concédé, dans les faits (mais non officiellement), que M. White avait tiré illégalement sur M. Matasi et qu'il était donc coupable d'homicide involontaire coupable. La seule question que le jury devait trancher était donc celle de savoir si M. White avait l'intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré. Le jury a conclu que l'accusé avait cette intention et l'a déclaré coupable de cette infraction.

[3] M. White a interjeté appel de la déclaration de culpabilité à la Cour d'appel de la

in his instructions to the jury. A majority of the Court of Appeal (Finch C.J.B.C. dissenting) dismissed the appeal, and Mr. White now appeals that decision before this Court.

[4] Mr. White's complaint centres on a piece of circumstantial evidence used by the Crown in its prosecution. At trial, counsel for the defence had developed a theory of the case according to which Mr. White had shot the victim accidentally as the two angrily grappled with one another. As a small part of its response to this theory, the Crown pointed out in its closing argument:

Note as well that the accused ran immediately after the shooting. There is no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part, just immediate flight. One would expect hesitancy if the shot was anything other than the intended action of Dennis White. [A.R., at p. 563]

[5] Counsel for the defence did not object to — or attempt to rebut — this line of argument, nor did he object to the way in which the trial judge presented the issue to the jury. Nevertheless, Mr. White appealed his conviction on the grounds that the trial judge erred in his instruction to the jury in relation to the relevance of the Crown's submission on this point.

[6] Relying on this Court's rulings in *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129, and *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72 ("*White (1998)*"), Mr. White argued on appeal that the trial judge should have specifically instructed the jury that the evidence concerning the circumstances of his flight had no probative value in relation to the question before the jury. In his view, the evidence relied upon by the Crown was consistent with both manslaughter and second degree murder, and was therefore irrelevant to the only live issue in the case. Given the prejudicial nature of such evidence, the trial judge's failure to provide a "no probative value" instruction was an error of law that irredeemably tainted the jury's verdict and warranted the ordering of a new trial.

Colombie-Britannique, en invoquant une erreur du juge du procès dans ses directives au jury. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel à la majorité (le juge en chef Finch étant dissident), et M. White se pourvoit maintenant devant notre Cour.

[4] Le principal motif d'appel de M. White se rapporte à un élément de preuve circonstancielle présenté par le ministère public. La thèse développée par la défense, au procès, était que M. White avait tiré accidentellement sur la victime alors que les deux hommes en colère luttaient corps à corps. Une petite partie de la réponse donnée par le ministère public pour réfuter cette thèse dans sa plaidoirie finale était formulée ainsi :

[TRADUCTION] Notez également que l'accusé s'est enfui tout de suite après le coup de feu. Il a fui sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis, juste fui sur-le-champ. On se serait attendu à ce que Dennis White hésite si le coup de feu n'avait pas été intentionnel. [d.a., p. 563]

[5] L'avocat de la défense n'a pas soulevé d'objection à cet argument ni tenté de le réfuter et ne s'est pas opposé à la façon dont le juge du procès a présenté la question au jury. Néanmoins, M. White a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité en s'appuyant sur les erreurs que le juge du procès aurait commises dans ses directives au jury concernant la pertinence de cet argument du ministère public.

[6] Sur le fondement des arrêts *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, et *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72 (« *White (1998)* »), de notre Cour, M. White a soutenu en appel que le juge du procès aurait dû mentionner expressément aux jurés que la preuve des circonstances entourant sa fuite n'avait aucune valeur probante quant à la question qu'ils devaient trancher. Selon lui, la preuve sur laquelle s'appuyait le ministère public était tout aussi compatible avec l'homicide involontaire coupable qu'avec le meurtre au deuxième degré, et n'était donc pas pertinente pour l'examen de l'unique question en litige. Vu la nature préjudiciable de cette preuve, l'omission du juge du procès d'indiquer au jury qu'elle n'avait « aucune valeur probante » constituait une erreur de droit viciant irrémédiablement le verdict du jury et justifiant la tenue d'un nouveau procès.



[7] A majority of the Court of Appeal declined to order a new trial. It concluded that, although the jury charge was deficient, the error was a minor one and could have no impact on the final verdict.

[8] For the reasons set out below, I would dismiss the appeal. This case is distinguishable from *Arcangioli* on the facts, and in my view the jury charge was adequate. In any case, even assuming that the trial judge erred in his instructions to the jury, I believe the error to be harmless and would uphold the verdict under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

II. The Court of Appeal, 2009 BCCA 513, 278 B.C.A.C. 177

A. *Ryan and Chiasson J.J.A.*

[9] Ryan J.A., writing for the majority, dismissed the appeal. She found that the trial judge had erred, but that the error was so minor that it could not have influenced the jury's verdict and therefore applied the curative proviso.

[10] While she agreed that the trial judge had erred, Ryan J.A. appears to have disagreed with Finch C.J.B.C., who was in dissent, on the nature of the trial judge's error. For her part, Ryan J.A. accepted the Crown's contention that one may distinguish between evidence of flight, *per se*, and evidence concerning the "manner" of flight — in this case, Mr. White's "failure to hesitate before fleeing" (para. 145).

[11] However, Ryan J.A. took the view that the trial judge's instruction on the matter of post-offence conduct was equivocal as to its meaning. On one reading, it could be taken to indicate that the trial judge was inviting the jury to consider Mr. White's flight itself in determining whether he had the requisite intent for second degree murder. Such an invitation constituted an error of law. Nevertheless, Ryan J.A. concluded that, in the overall context of the case, the error was a minor one

[7] La Cour d'appel a refusé, à la majorité, d'ordonner un nouveau procès. Elle a conclu que l'exposé du juge au jury était entaché d'une erreur, mais que cette erreur était sans gravité et ne pouvait avoir d'incidence sur le verdict final.

[8] Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Les faits de la présente espèce diffèrent de ceux de l'affaire *Arcangioli*, et j'estime que l'exposé au jury était correct. De toute manière, même en supposant que le juge du procès a commis une erreur dans ses directives, j'estime que cette erreur était inoffensive et je confirmerais le verdict en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

II. La Cour d'appel, 2009 BCCA 513, 278 B.C.A.C. 177

A. *Les juges Ryan et Chiasson*

[9] S'exprimant au nom de la majorité, la juge Ryan a rejeté l'appel, concluant que le juge du procès avait commis une erreur, mais que celle-ci était si négligeable qu'elle n'avait pu influencer sur le verdict du jury. La juge Ryan a donc appliqué la disposition réparatrice.

[10] Bien que la juge Ryan ait reconnu que le juge du procès avait commis une erreur, elle divergeait apparemment d'opinion avec le juge en chef Finch, dissident, sur la nature de cette erreur. Elle a accepté l'argument du ministère public selon lequel il est possible d'établir une distinction entre la preuve de la fuite même et la preuve de la [TRADUCTION] « façon » dont M. White a pris la fuite — en l'espèce, M. White « n'a pas hésité avant de s'enfuir » (par. 145).

[11] Toutefois, la juge Ryan a estimé que la directive du juge du procès concernant le comportement postérieur à l'infraction était équivoque. Selon l'une des interprétations possibles, cette directive pouvait donner à penser que le juge invitait le jury à tenir compte de la fuite même pour déterminer si M. White avait l'intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré. Pareille invitation constituait une erreur de droit. Néanmoins, dans le contexte global de l'affaire, il s'agissait, selon la

and it was unlikely to have affected the jury's deliberations. She therefore dismissed the appeal.

#### B. *Finch C.J.B.C.*

[12] *Finch C.J.B.C.* would have allowed the appeal. In his view, the trial judge had erred in his instructions to the jury and that error could not be saved using the curative proviso found in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

[13] After reviewing the relevant precedents, including *Arcangioli* and *White (1998)*, he concluded that, when an accused person has admitted the *actus reus* of a criminal act, but denies a specific level of intent, a "no probative value" instruction should be given in relation to post-offence conduct because such evidence is not relevant to the determination of the accused's level of culpability. Applying this principle to the case at bar, he rejected the Crown's contention that the manner of Mr. White's flight was inconsistent with his theory of an accidental shooting, holding instead that his manner of flight was consistent with both manslaughter and murder. He explained that "[f]rom 'instant' flight without hesitation, murderous intent is not the only available reasonable inference"; rather, it "is as consistent with the awareness he would have had of his conduct in the violent course of events that culminated in Mr. Matasi's being shot, even if unintentionally, as with his having intended to kill Mr. Matasi" (paras. 75-76).

[14] In light of this, *Finch C.J.B.C.* concluded that the trial judge had erred in failing to give a "no probative value" instruction (para. 78). In fact, in his view the error was serious, because the trial judge had expressly instructed the jury that they could consider Mr. White's "post-event conduct in fleeing the scene" in determining whether he had the

juge, d'une erreur négligeable qui n'avait vraisemblablement pas influé sur les délibérations du jury. La juge a donc rejeté l'appel.

#### B. *Le juge en chef Finch*

[12] Le juge en chef *Finch* aurait accueilli l'appel. Selon lui, le juge du procès avait donné des directives incorrectes au jury, et la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne permettait pas de remédier à cette erreur.

[13] Après avoir passé en revue la jurisprudence applicable, notamment les arrêts *Arcangioli* et *White (1998)*, il a conclu que, lorsque l'accusé a admis l'*actus reus* d'une infraction, mais nie avoir eu l'intention spécifique requise, le jury doit recevoir une directive lui indiquant que la preuve du comportement postérieur à l'infraction n'a [TRADUCTION] « aucune valeur probante » parce qu'elle n'est pas pertinente quant au degré de culpabilité de l'accusé. Appliquant ce principe à l'espèce, il a rejeté la prétention du ministère public voulant que la façon dont M. White avait fui soit incompatible avec la thèse du coup de feu accidentel invoquée en défense. Il estimait plutôt que cette façon de fuir était compatible tant avec l'homicide involontaire coupable qu'avec le meurtre. Il a expliqué que [TRADUCTION] « [l']intention de commettre un meurtre n'est pas la seule conclusion que l'on peut raisonnablement tirer de la preuve que l'accusé a pris la fuite "instantanément" et sans hésiter »; en fait, cette manière de fuir était « tout aussi compatible avec la conclusion qu'il était conscient de son comportement au cours des événements violents ayant abouti au coup de feu qui a atteint M. Matasi, même si ce coup de feu était involontaire, qu'avec la conclusion qu'il avait l'intention de tuer M. Matasi » (par. 75-76).

[14] Le juge en chef *Finch* a donc conclu que le juge du procès avait commis une erreur en n'indiquant pas au jury que la preuve n'avait [TRADUCTION] « aucune valeur probante » (par. 78). Selon lui, il s'agissait d'une erreur grave, car le juge du procès avait expressément dit au jury qu'il pouvait tenir compte [TRADUCTION] « du comportement que

requisite intent for second degree murder (paras. 80 and 93).

[15] Finch C.J.B.C. took the view that this was not an appropriate case in which to apply the curative proviso. The only question before the jury was whether Mr. White had the requisite intent for second degree murder. Therefore, the error in the trial judge's instruction could not be characterized as "minor". Nor was the evidence against Mr. White "so overwhelming that any other verdict would have been impossible to obtain" (*R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716, at para. 34). Consequently, he would have ordered a new trial.

### III. Issues

[16] In my view, this case raises three issues:

- (1) How do the rules of evidence as they relate to admissibility, limiting instructions and cautions apply to post-offence conduct evidence?
- (2) Did the trial judge's charge to the jury in this case satisfy the requirements of the rules of evidence as they apply to limiting instructions and cautions?
- (3) If not, is this an appropriate case in which to apply the curative proviso?

I will deal with each issue in turn.

### IV. Analysis

A. *How Do the Rules of Evidence as They Relate to Admissibility, Limiting Instructions and Cautions Apply to Post-Offence Conduct Evidence?*

#### (1) The Applicable Precedents

[17] It has long been accepted that actions taken by an accused person after a crime has been committed can, under certain circumstances, provide

M. White a adopté après l'événement en fuyant le lieu du crime » pour établir s'il avait l'intention voulue pour commettre un meurtre au deuxième degré (par. 80 et 93).

[15] Le juge en chef Finch était aussi d'avis qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer la disposition réparatrice. Puisque l'unique question que le jury devait trancher était celle de savoir si M. White avait l'intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré, l'erreur entachant la directive du juge du procès ne pouvait être qualifiée de « négligeable ». La preuve présentée contre M. White n'était pas non plus « à ce point accablante qu'il aurait été impossible de rendre un autre verdict » (*R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716, par. 34). Il était donc d'avis d'ordonner un nouveau procès.

### III. Les questions en litige

[16] Selon moi, le présent pourvoi soulève les trois questions suivantes :

- (1) Comment les règles de preuve régissant l'admissibilité, les directives restrictives et les mises en garde s'appliquent-elles au comportement postérieur à l'infraction?
- (2) L'exposé au jury, en l'espèce, satisfait-il aux règles de preuve telles qu'elles s'appliquent aux directives restrictives et aux mises en garde?
- (3) Sinon, y a-t-il lieu d'appliquer la disposition réparatrice?

J'examinerai successivement chacune de ces questions.

### IV. Analyse

A. *Comment les règles de preuve régissant l'admissibilité, les directives restrictives et les mises en garde s'appliquent-elles au comportement postérieur à l'infraction?*

#### (1) La jurisprudence

[17] Il est accepté depuis longtemps que des gestes accomplis par l'accusé après un crime — par exemple la fuite, la destruction d'éléments de

circumstantial evidence of their culpability for that crime. Examples of such actions include flight, the destruction of evidence, or the fabrication of lies. However, in recent years the terminology used to refer to such evidence has undergone certain changes.

[18] At one time, it was referred to as “consciousness of guilt” evidence. The value of such evidence was explained by Weiler J.A. in *R. v. Peavoy* (1997), 34 O.R. (3d) 620 (C.A.), at p. 629:

Evidence of after-the-fact conduct is commonly admitted to show that an accused person has acted in a manner which, based on human experience and logic, is consistent with the conduct of a guilty person and inconsistent with the conduct of an innocent person.

The term “consciousness of guilt” evidence was used to describe such conduct because it was used to support an inference that the person in question believed themselves to be guilty of the crime of which they were accused. In some cases, certain aspects of a person’s after-the-fact conduct can best be explained by the theory that they are guilty of the crime of which they stand accused. For instance, if a person admits committing an act which resulted in death, evidence that the person hid the weapon or fled from the scene may (though not must) support an inference that they were guilty of culpable (as opposed to non-culpable) homicide (*Peavoy*, at p. 630). Such “after-the-fact” conduct is therefore admissible as circumstantial evidence.

[19] However, in *White* (1998), this Court abandoned the label “consciousness of guilt” when describing evidence of after-the-fact conduct because such a label was thought to be unduly narrow and somewhat misleading. After-the-fact conduct may in fact be put to a wide variety of uses and its utility is not confined to supporting an inference that the accused had a “guilty mind”. As Major J. noted for the Court, at para. 20:

“Consciousness of guilt” is simply one inference that may be drawn from the evidence of the accused’s conduct; it is not a special category of evidence in itself.

preuve ou l’invention de mensonges — peuvent, dans certaines circonstances, constituer une preuve circonstancielle de sa culpabilité. Au cours des dernières années, cependant, la terminologie employée pour désigner ce type de preuve s’est quelque peu modifiée.

[18] Cette preuve a déjà été décrite comme la preuve de la « conscience de culpabilité ». La juge Weiler a ainsi expliqué quelle en était la valeur probante, dans *R. c. Peavoy* (1997), 34 O.R. (3d) 620 (C.A.), à la p. 629 :

[TRADUCTION] La preuve relative au comportement après le fait est admise d’ordinaire pour établir que l’accusé a agi d’une manière jugée compatible, selon l’expérience humaine et la logique, avec le comportement d’une personne coupable et non avec celle d’une personne innocente.

On a employé l’expression « conscience de culpabilité » pour décrire un tel comportement parce qu’il servait d’appui à l’inférence que l’intéressé se croyait coupable du crime dont il était accusé. Il peut arriver que la culpabilité de l’accusé soit l’explication la plus plausible de certains aspects de son comportement après le fait. Par exemple, lorsqu’une personne avoue avoir commis un acte ayant causé la mort, la preuve qu’elle a caché l’arme ou qu’elle s’est enfuie peut fonder (mais ne fonde pas nécessairement) la conclusion qu’il y a eu homicide coupable (par opposition à l’homicide non coupable) (*Peavoy*, p. 630). Un tel comportement « après le fait » est donc admissible à titre de preuve circonstancielle.

[19] Dans *White* (1998), toutefois, notre Cour a cessé d’avoir recours à l’expression « conscience de culpabilité » pour décrire la preuve d’un comportement après le fait, estimant qu’elle était trop étroite et quelque peu trompeuse. Le comportement après le fait peut en réalité avoir de multiples usages et son utilité ne se limite pas à étayer la conclusion que l’accusé avait une « intention coupable ». Voici ce qu’a affirmé le juge Major au nom de notre Cour, au par. 20 :

La « conscience de culpabilité » est simplement une conclusion qui peut être tirée à partir de la preuve relative au comportement de l’accusé; il ne s’agit pas en soi

Moreover, the words “consciousness of guilt” suggest a conclusion about the conduct in question which undermines the presumption of innocence and may prejudice the accused in the eyes of the jury.

Major J. went on to suggest that this general category of evidence should be referred to by a more neutral term, such as “post-offence conduct”. This label would avoid the twin pitfalls of confining the relevance of such conduct to questions concerning the accused’s state of mind and of subverting the presumption of innocence.

[20] As Ryan J.A. pointed out, this change in nomenclature may have created conceptual difficulties that did not exist before. The reason is that “consciousness of guilt” evidence refers to a relatively narrow category of actions, usually attempts to evade detection or prosecution, that can support an inference of guilt when taken *alone* (C.A. reasons, at paras. 128-29). That is, evidence that a person considers themselves guilty of a crime can support an inference of guilt of that crime. Jurisprudence has grown up around the sort of warnings and limiting instructions that ought to be given to juries with respect to this relatively narrow category of evidence.

[21] The category of “post-offence conduct” evidence is much broader as it refers to anything done by the accused after the commission of the offence. The shift in nomenclature may therefore have led some trial judges to believe that any evidence of the accused’s actions after the offence must be subject to special warnings and limiting instructions (see C.A. reasons, at para. 129, *per* Ryan J.A.). This is not the case.

[22] The principle that after-the-fact conduct may constitute circumstantial evidence of guilt remains good law. At its heart, the question of whether such evidence is admissible is simply a matter of relevance (*White (1998)*, at para. 23). As Major J. noted in *White (1998)*, “[e]vidence of post-offence conduct is not fundamentally different from other kinds of circumstantial evidence. In some cases it may

d’une catégorie de preuve particulière. En outre, les termes « conscience de culpabilité » évoquent, à l’égard du comportement en cause, une conclusion qui va à l’encontre de la présomption d’innocence et qui peut nuire à l’accusé dans l’esprit des jurés.

Le juge Major a en outre proposé un terme plus neutre, comme « comportement postérieur à l’infraction », pour désigner cette catégorie générale de preuve. On éviterait ainsi deux écueils, soit le confinement de la pertinence de ce type de comportement à l’état d’esprit de l’accusé et l’affaiblissement de la présomption d’innocence.

[20] Comme l’a souligné la juge Ryan, ce changement terminologique a peut-être engendré des difficultés conceptuelles jusque-là inconnues, car la preuve de la « conscience de culpabilité » renvoie à une catégorie relativement étroite d’actes, consistant habituellement à tenter de ne pas être découvert ou poursuivi, qui peuvent fonder, *à eux seuls*, une conclusion de culpabilité (motifs de la C.A., par. 128-129). Autrement dit, la preuve qu’une personne se considère coupable d’un crime peut étayer la conclusion qu’elle est coupable de ce crime. Une jurisprudence s’est développée quant aux avertissements et aux directives restrictives qui doivent être donnés au jury à l’égard de cette catégorie de preuve relativement étroite.

[21] La catégorie de la preuve du « comportement postérieur à l’infraction » est beaucoup plus large puisqu’elle se rapporte à tout ce qu’a fait l’accusé après l’infraction. Ce changement de terminologie a donc pu amener des juges du procès à croire que toute preuve relative aux faits et gestes de l’accusé après l’infraction nécessite une mise en garde particulière ou des directives restrictives (voir motifs de la C.A., par. 129, la juge Ryan). Or, ce n’est pas le cas.

[22] Le principe selon lequel le comportement après le fait peut constituer une preuve circonstancielle de culpabilité est toujours valable. Fondamentalement, l’admissibilité d’une telle preuve est simplement fonction de sa pertinence (*White (1998)*, par. 23). Pour reprendre les propos du juge Major dans *White (1998)*, « [l]a preuve relative au comportement postérieur à l’infraction

be highly incriminating, while in others it might play only a minor corroborative role” (para. 21). As with all other evidence, the relevance and probative value of post-offence conduct must be assessed on a case-by-case basis (para. 26). Consequently, the formulation of limiting instructions with respect to the broad category of post-offence conduct is governed by the same principles as for all other circumstantial evidence. Thus, while the term “consciousness of guilt” may have fallen out of use, it is still permissible for the prosecution to introduce evidence of after-the-fact conduct in support of an inference that the accused had behaved as a person who is guilty of the offence alleged — provided that, as with all circumstantial evidence, its relevance to that inference can be demonstrated.

[23] That being said, though the use of such evidence has an extensive history in our criminal jurisprudence, it has also long been recognized that the introduction of post-offence conduct for the purpose of establishing the accused’s “consciousness of guilt” carries with it a substantial risk of jury error (*Gudmondson v. The King* (1933), 60 C.C.C. 332 (S.C.C.)). Jurors may be tempted to “jump too quickly from evidence of post-offence conduct to an inference of guilt” (*White* (1998), at para. 57) without giving proper consideration to alternate explanations for the conduct in question.

[24] In most cases,

the best way for a trial judge to address that danger is simply to make sure that the jury are aware of any other explanations for the accused’s actions, and that they know they should reserve their final judgment about the meaning of the accused’s conduct until all the evidence has been considered in the normal course of their deliberations. Beyond such a cautionary instruction, the members of jury should be left to draw whatever inferences they choose from the evidence at the

ne diffère pas fondamentalement des autres types de preuve circonstancielle. Dans certains cas, elle peut être très incriminante, et dans d’autres, elle peut ne jouer qu’un rôle secondaire de corroboration » (par. 21). Comme pour tous les autres éléments de preuve, la pertinence et la valeur probante du comportement postérieur à l’infraction s’apprécient au cas par cas (par. 26). Par conséquent, la formulation de directives restrictives concernant la catégorie générale du comportement postérieur à l’infraction obéit aux mêmes principes que dans le cas de tout autre élément de preuve circonstancielle. Ainsi, bien que l’expression « conscience de culpabilité » ne soit plus usitée, la poursuite peut encore présenter une preuve de comportement après le fait pour étayer la conclusion que l’accusé a agi comme une personne qui serait coupable de l’infraction reprochée — pourvu qu’il puisse être démontré que cette preuve, comme tout élément de preuve circonstancielle, est pertinente à l’égard de cette conclusion.

[23] Cela dit, bien que la jurisprudence en matière criminelle atteste depuis longtemps l’utilisation de la preuve du comportement postérieur à l’infraction, elle reconnaît aussi depuis longtemps que la production de cette preuve aux fins d’établir la « conscience de culpabilité » de l’accusé comporte un important risque d’erreur de la part du jury (*Gudmondson c. The King* (1933), 60 C.C.C. 332 (C.S.C.)). Les jurés peuvent être tentés de « conclu[re] trop rapidement, à partir de la preuve relative au comportement postérieur à l’infraction, que l’accusé est coupable » (*White* (1998), par. 57), sans se demander, comme il se doit, si le comportement en question n’a pas d’autres explications.

[24] Dans la plupart des cas,

le meilleur moyen dont dispose le juge du procès pour écarter ce danger est tout simplement de s’assurer que le jury sait que d’autres raisons sont susceptibles d’expliquer les actes de l’accusé et qu’il ne doit tirer sa conclusion finale quant à la signification du comportement de l’accusé qu’après avoir pris en considération l’ensemble de la preuve dans le cadre du déroulement normal de ses délibérations. Sous réserve de telles directives de prudence, il appartient aux membres du jury de tirer, en

end of the day. [Emphasis added; *White (1998)*, at para. 57.]

[25] One instance in which the risk of jury error becomes especially acute arises when the accused has confessed to engaging in some form of criminal conduct related to the crime of which he stands accused. In such cases, post-offence conduct that supports an inference that the accused had a “guilty conscience” may be of little or no use in determining his level of culpability.

[26] Such a set of circumstances arose in *Arcangioli*. Mr. Arcangioli had been accused of stabbing someone in the course of a large brawl, during which a number of individuals had combined to assault a single victim. Mr. Arcangioli had been seen fleeing the scene after the victim had been stabbed, and the prosecution sought to rely on this as circumstantial evidence of “consciousness of guilt”. The trial judge instructed the jury that such an inference was indeed available, and Mr. Arcangioli was convicted of the stabbing. His conviction was upheld by a majority in the Court of Appeal for Ontario.

[27] However, on further appeal, this Court found that the jury charge was deficient and ordered a new trial. The accused had admitted to taking part in the group attack and punching the victim several times, making him guilty of common assault. Furthermore, he claimed to have fled the scene in panic after seeing someone else stab the victim, panic which was brought on by his having already committed a crime. The Court found that, even if Mr. Arcangioli’s flight were evidence of “consciousness of guilt”, that guilt was equally explained by either common assault or aggravated assault (i.e. the stabbing). The evidence concerning his flight therefore had no probative value in determining which offence he had committed, and the trial judge should have instructed the jury that this evidence could not support any inference concerning his level of culpability.

dernière analyse, les conclusions de leur choix à partir de la preuve présentée. [Je souligne; *White (1998)*, par. 57.]

[25] Le risque d’erreur de la part du jury est particulièrement élevé lorsque l’accusé a avoué une conduite criminelle connexe au crime dont il est accusé. La preuve du comportement postérieur à l’infraction visant à étayer une conclusion de « conscience de culpabilité » peut alors n’être que peu, sinon aucunement utile pour établir le degré de culpabilité de l’accusé.

[26] C’est ce qui s’est produit dans *Arcangioli*. M. Arcangioli était accusé d’avoir poignardé quelqu’un au cours d’une bagarre où plusieurs personnes avaient agressé une seule victime. M. Arcangioli avait été vu en train de fuir les lieux après que la victime eut été poignardée, et le ministère public a voulu utiliser cette fuite comme preuve circonstancielle de la « conscience de culpabilité » de l’accusé. Le juge du procès avait indiqué au jury qu’une telle inférence était effectivement possible et le jury a déclaré M. Arcangioli coupable. La Cour d’appel de l’Ontario, à la majorité, a confirmé le verdict de culpabilité.

[27] Notre Cour a toutefois estimé que le jury avait reçu des directives incorrectes et elle a ordonné un nouveau procès. L’accusé avait reconnu avoir été du nombre des assaillants et avoir asséné plusieurs coups de poing à la victime, ce qui le rendait coupable de voies de fait simples. Il avait également déclaré s’être enfui après avoir vu une autre personne poignarder la victime, sous le coup de la panique qui s’est emparée de lui parce qu’il avait déjà commis un crime. La Cour a jugé que, même si la fuite de M. Arcangioli établissait sa « conscience de culpabilité », il pouvait tout autant s’agir de sa culpabilité pour voies de fait simples que de sa culpabilité pour voies de fait graves (c.-à-d. le coup de couteau). La preuve de sa fuite n’avait donc aucune valeur probante pour ce qui était d’établir quelle infraction il avait commise, et la juge du procès aurait dû indiquer au jury que cette preuve ne pouvait fonder aucune conclusion quant à son degré de culpabilité.

(2) Rules of Evidence as They Relate to Admissibility, Limiting Instructions and Cautions, and Their Application to Post-Offence Conduct Evidence

[28] The issue in this case is whether the trial judge ought to have given the jury a limiting instruction to the effect that evidence of Mr. White's post-offence conduct was not probative as between the *mens rea* for second degree murder and manslaughter. The purpose of a limiting instruction is to preclude the jury from considering certain evidence, either with respect to all the live issues in a case or with respect to one or more particular live issues.

[29] Similarly, finding an item of evidence inadmissible serves to preclude the jury from considering that evidence at all, with respect to the entire case. Issues of admissibility will arise over the course of the trial as evidence is tendered and evidence that is found to be inadmissible is not allowed on the record. Conversely, a limiting instruction is provided in directions to the jury. For an item of evidence to be subject to a limiting instruction, it must have been admitted in the first place. Still, it may be that an item of evidence that was admissible at trial must be removed from the jury's deliberations on some or all of the issues in the case. A limiting instruction will be necessary when, at the end of all the evidence and for the purposes of the charge to the jury, certain evidence that appeared unobjectionable when it was admitted should in fact be removed from the jury with respect to one or more of the issues in the case.

[30] The goal of excluding evidence as inadmissible or providing a limiting instruction is essentially the same: to prevent the jury from considering the evidence, either with respect to the entire case (for admissibility) or with respect to one or more issues (for a limiting instruction). Moreover, the same rules of evidence govern admissibility and the need for limiting instructions.

(2) Les règles de preuve régissant l'admissibilité, les directives restrictives et les mises en garde et leur application au comportement postérieur à l'infraction

[28] En l'espèce, la Cour doit décider si le juge du procès aurait dû donner au jury une directive restrictive portant que la preuve du comportement de M. White postérieur à l'infraction n'avait aucune valeur probante quant à savoir si M. White avait la *mens rea* de l'infraction d'homicide involontaire coupable ou de l'infraction de meurtre au deuxième degré. Les directives restrictives ont pour objet d'empêcher le jury de tenir compte de certains éléments de preuve, soit à l'égard de toutes les questions à trancher ou à l'égard de l'une ou de certaines d'entre elles.

[29] De même, la conclusion qu'un élément de preuve est inadmissible a pour effet d'empêcher le jury d'en tenir compte à tous égards pour l'ensemble du dossier. Des questions d'admissibilité surgiront tout au long de la présentation de la preuve, et les éléments jugés inadmissibles ne seront pas versés au dossier. En revanche, le jury ne reçoit une directive restrictive que dans l'exposé au jury. Cette directive ne peut évidemment s'appliquer qu'aux éléments de preuve qui ont d'abord été admis en preuve. Toutefois, il peut arriver que des éléments de preuve jugés admissibles au procès doivent être exclus des délibérations du jury à l'égard de certaines ou de la totalité des questions en litige. Il est nécessaire d'inclure une directive restrictive dans l'exposé au jury lorsqu'il appert, une fois toute la preuve présentée, que certains éléments qui ne paraissent poser aucun problème lorsqu'ils ont été admis ne devraient pas être soumis à l'appréciation du jury à l'égard de l'une ou de plusieurs des questions à trancher.

[30] L'exclusion d'un élément de preuve inadmissible et l'inclusion d'une directive restrictive dans l'exposé au jury ont essentiellement le même but : empêcher le jury de tenir compte d'un élément de preuve, à l'égard de l'ensemble du dossier (dans le cas de l'inadmissibilité) ou d'une ou de plusieurs questions en litige (dans le cas d'une directive restrictive). En outre, les mêmes règles de preuve régissent l'admissibilité de la preuve et la nécessité d'une directive restrictive.



[31] Given that “[e]vidence of post-offence conduct is not fundamentally different from other kinds of circumstantial evidence”, the admissibility of evidence of post-offence conduct and the formulation of limiting instructions should be governed by the same principles of evidence that govern other circumstantial evidence. In particular, to be admissible, such evidence must be relevant to a live issue and it must not be subject to a specific exclusionary rule (e.g. the hearsay rule); it may also be excluded pursuant to the exercise of a recognized judicial discretion (D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5th ed. 2008), at p. 26), such as the discretion to exclude evidence whose prejudicial effect outweighs its probative value. These same principles also determine the need for and scope of a limiting instruction.

[32] I will next elaborate how these general principles of evidence apply when determining whether a limiting instruction is required in relation to post-offence conduct evidence. For clarity, I will discuss them under the following four headings: (a) relevance, (b) narrative (which is best understood as an attenuation of the rule of relevance), (c) specific exclusionary rules and (d) discretion.

[33] Before I proceed, it is critical to bear in mind that removing evidence from the jury’s consideration is not the only way of dealing with evidence associated with a heightened risk of jury error. It is also possible, and often appropriate, for the trial judge to warn the jury of the risks associated with certain types of evidence. The purpose of such a caution is to alert the jury to the danger, which has been recognized through judicial experience, but then to allow the properly informed jurors to evaluate the evidence with care.

[34] The terms “limiting instruction” and “caution” (or “warning”) are not narrowly defined terms of art which courts have consistently treated as distinct. Nevertheless, there is a distinction between the following two types of jury instruction: one that tells the jury they must not consider the evidence

[31] Comme « [l]a preuve relative au comportement postérieur à l’infraction ne diffère pas fondamentalement des autres types de preuve circonstancielle », l’admissibilité de cette preuve et la formulation de directives restrictives devraient obéir aux mêmes principes de preuve que les autres éléments de preuve circonstancielle. Plus particulièrement, elle doit, pour être admise, être pertinente relativement à une question en litige et n’être visée par aucune règle d’exclusion particulière (p. ex., la règle du oui-dire); elle peut également être exclue par suite de l’exercice d’un pouvoir judiciaire discrétionnaire reconnu (D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 26), comme le pouvoir d’écarter des éléments de preuve dont l’effet préjudiciable l’emporte sur leur valeur probante. Ces mêmes principes déterminent aussi quand une directive restrictive est nécessaire et quel doit en être le contenu.

[32] J’expliquerai à présent comment ces principes généraux de preuve s’appliquent lorsqu’il s’agit de décider s’il faut formuler une directive restrictive concernant la preuve du comportement postérieur à l’infraction. Par souci de clarté, je regrouperai ces principes sous quatre titres : a) la pertinence, b) le récit des faits (qu’il faut voir comme un allègement de la règle de la pertinence), c) les règles d’exclusion particulières et d) le pouvoir discrétionnaire.

[33] À titre préliminaire, il est primordial de garder à l’esprit que soustraire à l’examen du jury une preuve qui pose un risque accru d’erreur de sa part n’est pas la seule façon d’éviter pareil écueil. En effet, il est aussi possible, et souvent opportun, pour le juge du procès de prévenir le jury des risques posés par certains types de preuve. Pareille mise en garde a pour objet de signaler au jury le danger, constaté par les tribunaux au fil du temps, tout en lui permettant, une fois bien informé, d’apprécier la preuve avec prudence.

[34] « Directive restrictive » et « mise en garde » (ou « avertissement ») ne sont pas des termes techniques étroitement définis que les tribunaux ont toujours distingués. Il faut néanmoins établir une distinction entre les deux sortes de directives suivantes : celles qui interdisent au jury de tenir

for one or several purposes, and the other that leaves evidence for the jury to consider, but warns them to be careful with it. For ease of reference, I will refer to the first type of instruction as a limiting instruction and to the second type as a warning or caution.

[35] This distinction matters because, in the present case, the judge *did* warn the jury to be careful with the evidence relating to Mr. White's flight and that there may be one or more explanations for his conduct. What Mr. White argued here is that, beyond providing a warning, the judge ought to have told the jury that it was not allowed to consider evidence of his immediate flight in deciding as between a finding of second degree murder or manslaughter. Accordingly, after discussing the principles governing limiting instructions, I will address (e) how a caution can alleviate the risks associated with certain evidence that ought to be left with the jury.

(a) *Relevance*

[36] Mr. White submits that the trial judge erred in not having given a limiting instruction that his post-offence conduct was of "no probative value" to the level of his culpability as between murder and manslaughter. At its heart, the requirement for a "no probative value" instruction is a question of relevance: if an item of evidence is not relevant to a live issue, then that item of evidence should be removed from consideration by the jury (*White (1998)*, at para. 26, explaining *Arcangioli*). I agree with Binnie J. that irrelevant evidence should be excluded or, if it is already on record, subject to a "no probative value" instruction (para. 169). In order for evidence to satisfy the standard of relevance, it must have "some tendency as a matter of logic and human experience to make the proposition for which it is advanced more likely than that proposition would be in the absence of that evidence" (Paciocco and Stuesser, at p. 31, approved in *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600, at para. 47, and *R. v. B. (L.) (1997)*, 35 O.R. (3d) 35, at p. 44 (C.A.); see also *Morris v. The Queen*,

compte de la preuve à une ou plusieurs fins et celles qui lui laissent le soin d'apprécier une preuve, mais l'appellent à la prudence. Par souci de clarté, je qualifierai les premières de directives restrictives, et les secondes d'avertissements ou de mises en garde.

[35] Cette distinction est importante parce que, dans le cas qui nous occupe, le juge a *bel et bien* dit aux jurés qu'ils devaient apprécier la preuve relative à la fuite de M. White avec prudence et que son comportement pouvait avoir une ou plusieurs explications. En l'espèce, M. White a fait valoir que le juge aurait dû, en plus de mettre le jury en garde, lui indiquer qu'il ne devait pas prendre en considération sa fuite immédiate pour décider s'il avait commis un meurtre au deuxième degré ou un homicide involontaire coupable. Par conséquent, après avoir analysé les principes régissant les directives restrictives, j'expliquerai e) comment une mise en garde peut atténuer les risques associés à certains éléments de preuve qui doivent être laissés à l'appréciation du jury.

a) *La pertinence*

[36] M. White soutient que le juge du procès a commis une erreur en ne donnant pas de directive restrictive selon laquelle son comportement postérieur à l'infraction n'avait « aucune valeur probante » quant à son degré de culpabilité — quant à savoir s'il était coupable de meurtre ou d'homicide involontaire coupable. La question de savoir si le jury doit recevoir une directive lui indiquant qu'un élément de preuve n'a « aucune valeur probante » est essentiellement une question de pertinence : si un élément de preuve n'est pas pertinent à l'égard d'une question en litige, il doit être soustrait à l'appréciation du jury (*White (1998)*, par. 26, expliquant *Arcangioli*). Je conviens avec le juge Binnie que la preuve non pertinente doit être exclue ou, si elle a déjà été versée au dossier, faire l'objet d'une directive portant qu'elle n'a « aucune valeur probante » (par. 169). La preuve répond à la norme de la pertinence [TRADUCTION] « lorsque, selon la logique et l'expérience humaine, elle tend d'une façon quelconque à rendre la thèse qu'elle appuie plus vraisemblable qu'elle ne le paraîtrait sans

[1983] 2 S.C.R. 190, at pp. 199-201, *per* Lamer J. (as he then was; speaking in dissent on the issue of relevance)).

[37] *Arcangioli*, and its successor case *White (1998)*, stand for the proposition that a “no probative value” instruction will be required when the accused’s post-offence conduct is “equally explained by” or “equally consistent with” two or more offences (*White (1998)*, at para. 28; *Arcangioli*, at pp. 145 and 147). This proposition neither complicates nor goes beyond the basic rule of relevance: to say that an item of evidence is not relevant; that it is not probative of a live issue; or that it is “equally explained by” or “equally consistent with” either determination of a live issue are three ways of saying the same thing.

[38] As with all other evidence, the relevance or probative value of post-offence conduct “will depend on the facts of each case” (*White (1998)*, at para. 26). I agree with Binnie J. that there is no general rule applying to post-offence conduct: relevance must be assessed on a case-by-case basis.

[39] In some cases, an item of evidence may be probative of one live issue, but not of another. For example, flight *per se* may be relevant in determining the identity of the assailant, but may not be relevant in determining the accused’s level of culpability as between murder and manslaughter. In such a case, the rules of evidence remain unchanged: the evidence is left with the jury, for it to weigh with respect to the issue of identity; the jury is precluded from considering the same evidence with respect to determining the *mens rea* for murder as opposed to manslaughter, by way of a limiting instruction to the effect that this evidence is not probative of this particular live issue. That judges must sometimes

elle » (Paciocco et Stuesser, p. 31, cité avec approbation dans *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600, par. 47, et *R. c. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35, p. 44 (C.A.); voir aussi *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, p. 199-201, le juge Lamer (plus tard Juge en chef, exprimant son opinion dissidente sur la question de la pertinence)).

[37] L’arrêt *Arcangioli*, et l’arrêt *White (1998)* qui l’a suivi, énoncent le principe qu’une directive selon laquelle la preuve n’a « aucune valeur probante » est nécessaire lorsque le comportement de l’accusé postérieur à l’infraction peut « s’expliquer tout autant par » la perpétration de deux infractions ou plus, ou est « tout aussi compatible » avec deux infractions ou plus (*White (1998)*, par. 28; *Arcangioli*, p. 145 et 147). Ce principe ne va pas au-delà de la règle fondamentale de la pertinence et ne la rend pas plus complexe. Lorsqu’on dit qu’un élément de preuve n’est pas pertinent, qu’il n’a pas de valeur probante à l’égard d’un point en litige ou qu’il peut « s’expliquer tout autant par » une conclusion ou l’autre sur un point en litige ou être « tout aussi compatible » avec l’une ou l’autre conclusion, on dit la même chose de trois façons différentes.

[38] Comme pour tous les autres types de preuve, la pertinence ou la valeur probante du comportement postérieur à l’infraction « dépend des faits de chaque espèce » (*White (1998)*, par. 26). Je conviens avec le juge Binnie qu’aucune règle générale de preuve ne s’applique à ce comportement : sa pertinence s’apprécie au cas par cas.

[39] Il se peut qu’un élément de preuve ait une valeur probante à l’égard d’une question en litige, mais non d’une autre. Par exemple, il est possible que la fuite même soit pertinente à l’égard de l’identité de l’assaillant, mais ne le soit pas quant au degré de culpabilité de l’accusé — quant à savoir s’il est coupable de meurtre ou d’homicide involontaire coupable. Dans un tel cas, les règles de preuve demeurent les mêmes : la preuve est soumise à l’appréciation du jury, qui doit décider du poids à lui accorder concernant l’identité, mais une directive restrictive lui indiquant que la preuve est dépourvue de valeur probante relativement à la question de savoir si l’accusé avait la *mens rea* pour commettre

give limiting instructions as to appropriate and inappropriate inferences to be drawn from the evidence is merely an application of the rule of relevance tailored to different live issues in a single case.

[40] Mr. White sought to have this Court accept that *Arcangioli* and its successor cases, such as *White (1998)*, stand for the very broad proposition that “post-offence conduct is generally inadmissible in determining whether an accused is guilty of manslaughter or murder” (A.F., at para. 46). *Arcangioli* did not have — nor was it intended to have — so far-reaching an effect. According to *Arcangioli* and *White (1998)*, the inquiry is fact-specific and a “no probative value” instruction is warranted when the evidence of post-offence conduct is “equally consistent with” or “equally explained by” either determination of the live issue in question (here, with a finding of murder or manslaughter); that is, when the evidence is not probative of that live issue, on the facts of the case.

[41] It may sometimes be the case that, when the accused has admitted the *actus reus*, much of the accused’s post-offence conduct will be irrelevant to determining the level of culpability. Indeed, according to Major J., in *White (1998)*, a “no probative value” instruction is “most likely to be warranted” in precisely these circumstances (para. 28 (emphasis added)). However, this was not meant to be a free-standing principle governing admissibility or limiting instructions. *Arcangioli* and *White (1998)* make it clear that the basic test is always relevance in the ordinary sense:

... where an accused’s conduct may be equally explained by reference to consciousness of guilt of two

un meurtre ou un homicide involontaire coupable lui interdit d’en tenir compte pour trancher cette question. L’obligation des juges de donner parfois une directive restrictive concernant les conclusions qui peuvent ou non être tirées de la preuve relève simplement de l’application de la règle de la pertinence, adaptée aux différentes questions soulevées dans une affaire.

[40] M. White a demandé à notre Cour d’accepter que l’arrêt *Arcangioli* et ceux qui l’ont suivi, notamment l’arrêt *White (1998)*, établissent le principe très large selon lequel [TRADUCTION] « le comportement postérieur à l’infraction est généralement inadmissible pour déterminer si un accusé est coupable d’homicide involontaire coupable ou de meurtre » (m.a., par. 46). Toutefois, l’arrêt *Arcangioli* n’a pas — et n’était pas censé avoir — une portée aussi étendue. Suivant *Arcangioli* et *White (1998)*, tout dépend des faits et la directive indiquant que la preuve du comportement postérieur à l’infraction n’a « aucune valeur probante » est justifiée lorsque ce comportement peut « s’expliquer tout autant » par l’une ou l’autre conclusion sur un point en litige ou être « tout aussi compatible » avec l’une ou l’autre (en l’espèce, la conclusion qu’il y a eu meurtre ou qu’il y a eu homicide involontaire coupable), c’est-à-dire lorsque la preuve n’a pas de valeur probante relativement à cette question en litige, compte tenu des faits.

[41] Il arrive parfois, lorsque l’accusé a admis l’*actus reus*, qu’une grande partie du comportement de l’accusé après l’infraction ne soit pas pertinente quant à son degré de culpabilité. En effet, dans *White (1998)*, le juge Major a affirmé qu’une directive indiquant que la preuve n’a « aucune valeur probante » sera « très probablement justifiée » en pareilles circonstances (par. 28 (je souligne)). Il n’entendait toutefois pas énoncer ainsi un principe indépendant régissant l’admissibilité de la preuve ou les directives restrictives. Il ressort clairement des arrêts *Arcangioli* et *White (1998)* que le critère fondamental demeure toujours celui de la pertinence, dans son sens ordinaire :

... lorsque le comportement de l’accusé peut s’expliquer tout autant par une conscience de culpabilité de

or more offences, and where an accused has admitted culpability in respect of one or more of these offences, a trial judge should instruct a jury that such evidence has no probative value with respect to any particular offence. [Emphasis added; *Arcangioli*, at p. 145.]

... a jury should not be permitted to consider evidence of post-offence conduct when the accused has admitted culpability for another offence and the evidence cannot logically support an inference of guilt with respect to one crime rather than the other. [Emphasis added; *White (1998)*, at para. 23.]

[42] Thus, *Arcangioli* and *White (1998)* should be understood as a restatement, tailored to specific circumstances, of the established rule that circumstantial evidence must be relevant to the fact in issue. In any given case, that determination remains a fact-driven exercise. Whether or not a given instance of post-offence conduct has probative value with respect to the accused's level of culpability depends entirely on the specific nature of the conduct, its relationship to the record as a whole, and the issues raised at trial. There will undoubtedly be cases where, as a matter of logic and human experience, certain aspects of the accused's post-offence conduct support an inference regarding his level of culpability.

[43] Binnie J. takes issue with my view that the general principles that apply to all circumstantial evidence should apply in this case (paras. 178-80). In his view, "it is not enough simply to evaluate whether evidence as to the appellant's 'no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part' might be relevant to the issue of murderous intent merely 'as a matter of logic and human experience'" (para. 180). Binnie J. invokes the importance of "having regard to the practical lessons that have accumulated in the courts over many years with respect to the potentially misleading nature of certain types of post-offence conduct" (*ibid.*). He identifies the category of "post-offence demeanour" (*ibid.*) evidence as one type of evidence that should be treated with particular care.

deux infractions ou plus, et que l'accusé a reconnu sa culpabilité à l'égard d'une seule ou de plusieurs parmi ces infractions, le juge du procès devrait donner comme directive au jury que cette preuve n'a aucune valeur probante relativement à une infraction précise. [Je souligne; *Arcangioli*, p. 145.]

... le jury ne doit pas être autorisé à tenir compte d'un élément de preuve se rapportant au comportement de l'accusé après l'infraction lorsque l'accusé a avoué avoir commis une autre infraction et que cet élément de preuve ne peut logiquement appuyer une conclusion de culpabilité à l'égard d'un de ces crimes, à l'exclusion de l'autre. [Je souligne; *White (1998)*, par. 23.]

[42] Il faut donc voir les arrêts *Arcangioli* et *White (1998)* comme reformulant, en l'adaptant à un contexte précis, la règle établie selon laquelle un élément de preuve circonstancielle doit être pertinent à l'égard du fait en cause. L'appréciation de la pertinence s'effectue chaque fois en fonction des faits. La valeur probante de la preuve du comportement postérieur à l'infraction à l'égard du degré de culpabilité de l'accusé dans un cas donné dépend entièrement de la nature particulière du comportement, de son rapport avec l'ensemble du dossier et des questions soulevées au procès. Il y aura assurément des cas où, suivant la logique et l'expérience humaine, certains aspects du comportement de l'accusé après l'infraction étayeront une conclusion concernant son degré de culpabilité.

[43] Le juge Binnie s'inscrit en faux contre mon opinion selon laquelle les principes généraux applicables à tous les éléments de preuve circonstancielle devraient s'appliquer en l'espèce (par. 178-180). À son avis, « il ne suffit pas de simplement déterminer si la preuve selon laquelle l'appelant a fui [TRADUCTION] "sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis" pourrait être pertinente quant à la question de l'intention de commettre un meurtre "selon la logique et l'expérience humaine" » (par. 180). Le juge Binnie évoque l'importance de tenir compte « de l'expérience pratique acquise par les tribunaux au fil des ans en ce qui concerne le risque que certains types de comportement postérieur à l'infraction induisent le jury en erreur » (*ibid.*). Selon lui, l'« attitude postérieure à l'infraction » (*ibid.*) est un type de preuve qui appelle une prudence particulière.

[44] With respect, I do not agree with two aspects of Binnie J.'s approach. First, when the question is "should the evidence be removed from the jury because it is *irrelevant*?", it is enough to evaluate whether the item of evidence is relevant to the material fact at issue as a matter of logic and human experience. Of course, judges should avail themselves of the accumulated knowledge from courts and studies to the effect that certain types of evidence can appear probative when they are not. This knowledge can inform a determination that a particular item of evidence is too equivocal to meet the test of relevance. This is still the same test of whether a particular item of evidence tends to make a material fact in issue more or less likely, just with more information based upon judicial experience.

[45] However, in his discussion of relevance, Binnie J. refers to these practical lessons of the courts with respect to the "potentially misleading nature of certain types of post-offence conduct" (para. 180 (emphasis added)). He also refers to the Kaufman Report, which says that "evidence of the accused's 'demeanour' . . . can be overused and misused" (para. 182 (emphasis added)). I do not agree that the risk that a jury *will misuse or be misled* by an item of evidence, should inform the relevance determination. Instead, this risk is appropriately addressed through the trial judge's discretion to exclude evidence whose prejudicial effect outweighs its probative value or through a caution in the jury charge to be careful with the evidence. I discuss both below.

[46] Second, I do not agree that this case raises the sorts of concerns typically associated with demeanour evidence. This case simply does not engage concerns about evidence of facial expressions or failing to attend funerals leading to wrongful convictions. The Crown did not invite the jury to rely on Mr. White's appearance in relation to

[44] Avec égards, je ne suis pas d'accord avec deux éléments de l'approche du juge Binnie. Premièrement, lorsque se pose la question de savoir « s'il y a lieu de soustraire la preuve à l'examen du jury parce qu'elle *n'est pas pertinente* », il *suffit* de déterminer si la preuve se rapporte au fait substantiel en cause selon la logique et l'expérience humaine. Bien entendu, les juges devraient mettre à profit les connaissances acquises par les tribunaux et les résultats d'études selon lesquels certains types de preuve peuvent sembler avoir une valeur probante alors que ce n'est pas le cas. Ces connaissances peuvent aider à établir qu'un élément de preuve donné est trop équivoque pour répondre au critère de la pertinence. Il s'agit toujours du test qui consiste à déterminer si un élément de preuve donné tend à augmenter ou à diminuer la vraisemblance d'un fait, mais à l'aide de données supplémentaires tirées de l'expérience des tribunaux.

[45] Toutefois, dans son analyse de la pertinence, le juge Binnie parle de l'expérience pratique des tribunaux en ce qui concerne le « risque que certains types de comportement postérieur à l'infraction induisent le jury en erreur » (par. 180 (je souligne)). Il fait aussi référence au rapport Kaufman, lequel indique qu'il « est possible de surutiliser et de mal utiliser une [ . . . ] preuve fondée sur le "comportement" de l'accusé » (par. 182 (je souligne)). Je ne suis pas d'accord qu'il faut, pour évaluer la pertinence d'un élément de preuve, prendre en considération le risque qu'il *induisse* le jury *en erreur* ou qu'il soit *mal utilisé* par le jury. Le juge du procès doit plutôt remédier à ce risque en exerçant son pouvoir discrétionnaire d'exclure un élément de preuve dont l'effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante ou en incluant, dans son exposé aux jurés, une mise en garde appelant le jury à la prudence dans l'utilisation de l'élément de preuve en cause. Je traite plus loin de ces deux solutions.

[46] Deuxièmement, je ne suis pas d'accord pour dire que la présente affaire pose le genre de problèmes habituellement associés à la preuve relative à l'attitude. En effet, elle ne soulève pas les mêmes difficultés que les cas où un témoignage au sujet d'une expression faciale ou de l'absence à des funérailles peut entraîner une erreur judiciaire. Le

shock or surprise, but on the fact that he did not hesitate before fleeing. As I elaborate below, the objective physical evidence that Mr. White failed to hesitate immediately after shooting Mr. Matasi has nothing to do with the serious problems identified by the Kaufman Inquiry into the Morin conviction or the *Nelles* case (*R. v. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97 (Ont. Prov. Ct. (Crim. Div.))).

(b) *Narrative*

[47] The basic requirement of relevance is somewhat attenuated in the context of narrative evidence. Evidence that is not adduced to prove a live issue, or support the prosecution's case, but that is merely provided to complete the narrative may be admitted even if it does not satisfy the strict requirements of relevance (Paciocco and Stuesser, at pp. 45-47). A trial judge need not provide specific limiting instructions with respect to each item of evidence that was merely presented to complete the narrative to the effect that it is "not probative" of the live issues in the case.

[48] I should make clear that I am only here adverting to the attenuation of the requirement of relevance as it pertains to narrative evidence and not to the relationship between narrative evidence and other specific exclusionary rules (e.g. the hearsay rule).

(c) *Specific Exclusionary Rules*

[49] Although not at issue in the present appeal, specific exclusionary rules can also operate to remove certain types of otherwise relevant evidence from consideration by the jury. Binnie J.'s discussion of the inadmissibility of evidence for "legal reasons" (para. 168) falls under this category.

(d) *Discretion to Exclude*

[50] Otherwise admissible evidence may still be removed from consideration by the jury on the basis that it is more prejudicial than probative. This may

ministère public n'a pas invité le jury à se fonder sur le fait que M. White avait ou non l'air bouleversé ou surpris, mais plutôt sur le fait qu'il n'a pas hésité avant de s'enfuir. Comme je vais l'expliquer, la preuve concrète objective que M. White a fui sans hésiter immédiatement après avoir fait feu sur M. Matasi n'a rien à voir avec les problèmes graves relevés par la Commission d'enquête Kaufman concernant la déclaration de culpabilité de M. Morin et l'affaire *Nelles* (*R. c. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97 (C. prov. Ont. (Div. crim.))).

b) *Le récit des faits*

[47] L'exigence fondamentale de la pertinence s'allège quelque peu dans le contexte d'un témoignage narratif. Un élément dont la présentation ne vise pas à prouver un point en litige ni à étayer les arguments de la poursuite, mais simplement à compléter le récit des faits, peut être admis en preuve même s'il ne satisfait pas à l'exigence stricte de la pertinence (Paciocco et Stuesser, p. 45-47). Le juge du procès n'a pas à formuler, à propos de chaque élément de preuve simplement présenté dans le but de compléter le récit des faits, une directive restrictive particulière indiquant que cet élément n'a « aucune valeur probante » à l'égard des questions en litige.

[48] Je précise qu'il n'est question ici que de l'allègement de l'exigence de la pertinence à l'égard du récit des faits et non de la relation entre le récit des faits et d'autres règles d'exclusion particulières (p. ex., la règle relative au oui-dire).

c) *Les règles d'exclusion particulières*

[49] Bien qu'aucune ne soit en cause en l'espèce, des règles particulières d'exclusion peuvent également faire en sorte que certains types d'éléments de preuve, par ailleurs pertinents, ne soient pas soumis au jury. Les « raisons juridiques » d'exclure une preuve dont le juge Binnie fait état dans ses motifs (par. 168) entrent dans cette catégorie.

d) *Le pouvoir d'exclusion discrétionnaire*

[50] Il est possible que des éléments de preuve par ailleurs admissibles ne soient pas soumis à l'appréciation du jury parce que leur effet préjudiciable

be achieved by refusing to admit the evidence at trial. It can also happen that the disproportionately prejudicial nature of a certain item of evidence only becomes apparent in light of the evidence as a whole. The trial judge may then instruct the jury in his charge that they may not consider a certain item of evidence in their deliberations.

[51] Exclusion on the basis that evidence is more prejudicial than probative does not ground a “no probative value” instruction: the evidence is by hypothesis at least minimally probative of a live issue. As noted in *White (1998)*, the decision in *Arcangioli* did not rest on the exercise of this discretion:

It bears emphasizing that in these sorts of cases, while the evidence cannot be said to be irrelevant to the issue in dispute, it might still be withdrawn from the jury by the trial judge on the basis that it is more prejudicial than probative. The same would be true in cases where two separate offences have been committed and the evidence of post-offence conduct provides scant basis for distinguishing between them. Such a decision would fall within the ordinary discretion of the trial judge, however, and would not be mandated by the result in *Arcangioli*. [para. 33]

Although the issue was not raised in the present appeal, there is a distinction to be made between removing post-offence conduct from consideration by the jury because it is not probative of a live issue and excluding it because its probative value is outweighed by its prejudicial effect. Some of the concerns about juries misusing evidence of post-offence conduct and “demeanour evidence” may be better addressed by the application of this discretion.

[52] As I explained above, these concerns, do not justify applying a different test of relevance

l'emporte sur leur valeur probante. Cette exclusion peut prendre la forme d'un refus d'admettre l'élément en preuve au procès. Il peut également arriver que la nature disproportionnellement préjudiciable d'un élément de preuve se révèle uniquement lorsque la totalité de la preuve a été présentée. Le juge du procès peut alors indiquer aux jurés, dans ses directives, qu'ils ne doivent pas tenir compte d'un élément de preuve particulier dans leurs délibérations.

[51] L'exclusion d'un élément de preuve au motif qu'il est plus préjudiciable qu'il n'est probant ne peut donner lieu à une directive indiquant qu'il n'a « aucune valeur probante » : cet élément a à tout le moins, par hypothèse, une valeur probante minimale à l'égard d'une question en litige. Comme l'a signalé la Cour dans *White (1998)*, la décision rendue dans *Arcangioli* ne reposait pas sur l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire :

Il importe de souligner que, dans ce genre d'affaire, même si la preuve ne peut être jugée non pertinente relativement à la question en litige, elle pourra être soustraite à l'examen du jury par le juge du procès parce qu'elle est plus préjudiciable qu'elle n'est probante. Il en irait de même dans le cas où deux infractions distinctes ont été perpétrées et où la preuve relative au comportement après l'infraction ne permet pas d'établir une distinction entre elles. Toutefois, une telle décision ressortirait au pouvoir discrétionnaire normalement conféré au juge du procès et ne serait pas dictée par l'arrêt *Arcangioli*. [par. 33]

Bien que ce point n'ait pas été soulevé dans le présent pourvoi, il y a lieu de faire une distinction entre soustraire le comportement postérieur à l'infraction à l'appréciation du jury parce qu'il n'a aucune valeur probante relativement à une question en litige et l'exclure parce que sa valeur probante est moindre que son effet préjudiciable. Il se peut que l'exercice de ce pouvoir d'exclusion discrétionnaire constitue la solution la plus opportune à certaines craintes que le jury utilise mal le comportement postérieur à l'infraction et la « preuve relative à l'attitude ».

[52] Comme je l'ai expliqué plus tôt, ces craintes ne justifient pas d'appliquer au comportement



to post-offence conduct or “demeanour evidence” than that applied to any other circumstantial evidence. The trial judge’s discretion to exclude evidence that is more prejudicial than probative recognizes that jurors will sometimes misuse relevant evidence. However, since this discretion calls into question the jury’s competence in performing its fact-finding function, the excessive prejudicial effect should be invoked explicitly. It should not be disguised within a finding that the evidence is not probative at all. Where this discretion is not invoked, the jury should be trusted, often with a warning, to weigh the relevant evidence.

[53] Although Binnie J. takes the position that evidence of Mr. White’s lack of hesitation prior to flight ought to have been removed from the jury as irrelevant, he would, in the alternative, have held that the trial judge ought to have exercised his discretion to exclude the evidence as more prejudicial than probative (para. 176). I do not agree. I would observe that the trial judge was not asked to exercise this discretion at any point in the proceedings in this case, nor was it ever suggested to the Court of Appeal or to this Court that he ought to have. In any event, as I discuss below, the evidence was probative and, based upon the record, I see no basis for determining it would have had a disproportionately prejudicial effect.

(e) *How a Caution Can Alleviate the Risks Associated With Certain Evidence That Ought to Be Left With the Jury*

[54] Once evidence is found to be relevant, it is generally admissible and the jury is left to decide how much weight to give a particular item of evidence. Similarly, once evidence is determined to be relevant with respect to a particular live issue, the jury should normally be free to weigh the evidence in drawing conclusions about that live issue. This is subject to specific exclusionary rules and the

postérieur à l’infraction ou à la « preuve relative à l’attitude » un critère de pertinence différent de celui qui s’applique aux autres éléments de preuve circonstancielle. Le pouvoir discrétionnaire du juge du procès d’exclure une preuve qui est plus préjudiciable qu’elle n’est probante reconnaît que certains jurés utilisent parfois mal une preuve pertinente. Toutefois, comme ce pouvoir discrétionnaire remet en question la compétence du jury en tant que juge des faits, il faut évoquer explicitement l’effet préjudiciable excessif de la preuve et se garder de le camoufler derrière la conclusion que cette preuve n’a aucune valeur probante. Si le juge n’exerce pas ce pouvoir discrétionnaire, il faut faire confiance au jury, auquel on aura souvent fait une mise en garde, pour soulever la preuve pertinente.

[53] De l’avis du juge Binnie, la preuve selon laquelle M. White a fui sans hésiter aurait dû être soustraite à l’appréciation du jury parce qu’elle n’était pas pertinente, mais il aurait conclu, subsidiairement, que le juge du procès aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire d’exclure cette preuve parce que son effet préjudiciable l’emportait sur sa valeur probante (par. 176). Je ne suis pas d’accord. Soulignons qu’à aucun moment au cours du procès on a demandé au juge du procès d’exercer ce pouvoir, et nul n’a prétendu non plus devant la Cour d’appel ou notre Cour qu’il aurait dû l’exercer. Quoi qu’il en soit, comme je l’explique plus loin, la preuve était probante et je ne trouve dans le dossier aucune raison de décider qu’elle aurait eu un effet préjudiciable disproportionné.

e) *Comment une mise en garde peut atténuer les risques liés à certains éléments de preuve qui doivent être laissés à l’appréciation du jury*

[54] L’élément de preuve jugé pertinent est généralement admissible, et il revient alors au jury de décider du poids à lui accorder. De même, lorsqu’une preuve est jugée pertinente à l’égard d’une question en litige particulière, le jury devrait normalement décider librement du poids à lui accorder pour tirer ses conclusions sur cette question. Il en sera ainsi, sous réserve des règles particulières d’exclusion

judge's discretion to exclude evidence that is more prejudicial than probative.

[55] Still, judicial experience has shown that certain evidence that ought to be left with the jury, based on the ordinary rules of evidence, carries with it a heightened risk of misinterpretation or misuse. Certain types of evidence may appear more probative than they really are, may be systematically less reliable than they seem, or may be consistent with other less obvious explanations than the one advanced by a party (though not equally so). These potential dangers may not be immediately apparent to lay juries (see *R. v. Khela*, 2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104, at para. 4). Accordingly, courts have recognized that when leaving certain types of evidence with the jury, the trial judge should provide a caution that alerts the jury to the risks involved. The content and nature of the warning should address the risk and depend upon the severity of the danger.

[56] A warning or caution does not serve to remove the evidence from the jury's consideration. Instead, providing a caution allows for juries to benefit from judicial experience concerning the risks associated with certain types of evidence, while respecting the jury's competence in fulfilling its fact-finding role. The point is that once jurors are alerted to the risks that are not necessarily apparent to the average citizen, they can be trusted to properly weigh the evidence. Our jury system is predicated on the conviction that jurors are intelligent and reasonable fact-finders. It is contrary to this fundamental premise to assume that properly instructed jurors will weigh the evidence unreasonably or draw irrational and speculative conclusions from relevant evidence. I agree with the view expressed by Dickson C.J., in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, that "it would be quite wrong to make too much of the risk that the jury might use the evidence for an improper purpose. This line of thinking could seriously undermine the entire jury system. The very strength of the jury is that the ultimate issue of guilt or innocence is determined by a group of ordinary citizens who are not legal specialists and who bring

et du pouvoir discrétionnaire du juge d'exclure les éléments de preuve plus préjudiciables que probants.

[55] L'expérience des tribunaux a néanmoins démontré que certains éléments de preuve qui doivent être laissés à l'appréciation du jury selon les règles de preuve ordinaires risquent davantage d'être mal interprétés ou mal utilisés. Certains types d'éléments de preuve peuvent sembler plus probants qu'ils ne le sont en réalité, être invariablement moins fiables qu'ils ne le paraissent ou être compatibles (mais pas tout aussi compatibles) avec des explications moins évidentes que celles avancées par une partie. Il se peut que les jurés profanes ne saisissent pas d'emblée ces risques (voir *R. c. Khela*, 2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104, par. 4). Les tribunaux ont donc reconnu que le juge du procès devrait signaler aux jurés les risques associés à certains types de preuve qu'il laisse à leur appréciation. La teneur et la nature de cette mise en garde doivent contrer le risque et être fonction de sa gravité.

[56] L'avertissement ou la mise en garde n'a pas pour objet de soustraire la preuve à l'examen du jury. Une mise en garde permet plutôt au jury de bénéficier de l'expérience des tribunaux quant aux risques associés à certains types de preuve, tout en respectant sa compétence à titre de juge des faits. En somme, on peut avoir confiance en la capacité des jurés d'apprécier correctement la preuve s'ils sont mis au fait des risques qui ne sont pas forcément évidents pour le citoyen moyen. Notre système de jurys procède de la conviction que les jurés sont des juges des faits intelligents et raisonnables. Présumer que des jurés ayant reçu des directives appropriées n'apprécieront pas raisonnablement la preuve ou tireront des conclusions irrationnelles ou hypothétiques d'éléments de preuve pertinents va à l'encontre de cette prémisse fondamentale. Je fais mienne l'opinion exprimée par le juge en chef Dickson, dans *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, selon laquelle « on aurait bien tort de trop insister sur le risque que le jury puisse faire mauvais usage de ladite preuve. En effet, une telle attitude pourrait nuire gravement à l'ensemble du système de jurys. Ce qui fait toute la force du jury, c'est que la

to the legal process a healthy measure of common sense” (p. 692 (emphasis in original)).

[57] Binnie J. does not draw any clear distinction in his reasons between removing evidence from consideration by the jury and warning the jury to be careful with certain evidence. Indeed, in discussing “the need for a limiting instruction” (para. 178), he invokes judges’ instructions about evidence of jailhouse informants and eyewitness identification (para. 185). Yet, these two types of evidence are not systematically removed from the jury’s consideration by way of a limiting instruction, but are generally left with the jury along with a warning in the jury charge.

[58] When leaving the jury with evidence of a jailhouse informant, the trial judge is to provide a *Vetrovec* warning. The instruction “must take into account the dual purpose of the *Vetrovec* warning: first, to alert the jury to the danger of relying on the unsupported evidence of unsavoury witnesses and to explain the reasons for special scrutiny of their testimony; and second, in appropriate cases, to give the jury the tools necessary to identify evidence capable of enhancing the trustworthiness of those witnesses” (*Khela*, at para. 47, per Fish J., cited in *R. v. Hurley*, 2010 SCC 18, [2010] 1 S.C.R. 637, at para. 11).

[59] Eyewitness identification evidence provides an even more striking example of the importance of distinguishing a limiting instruction that removes evidence from the jury’s consideration from a warning that tells the jury to be careful with the evidence. In the vast majority of cases, eyewitness identification will be relevant to the issue of identity, i.e. whether the accused is the person who committed the offence. However, eyewitness

question ultime de la culpabilité ou de l’innocence est tranchée par un groupe de citoyens ordinaires qui ne sont pas des juristes et qui apportent au processus judiciaire une saine mesure de bon sens » (p. 692 (soulignement dans l’original)).

[57] Dans ses motifs, le juge Binnie ne fait aucune distinction claire entre le fait de soustraire une preuve à l’examen du jury et celui d’appeler le jury à la prudence à l’égard de certains éléments de preuve. En effet, lorsqu’il parle de « la question de savoir si une directive restrictive s’impose » (par. 178), il cite en exemple les directives des juges concernant les témoignages des informateurs dans un établissement de détention et l’identification par témoin oculaire (par. 185). Or, ces deux types de preuve ne sont pas systématiquement soustraits à l’examen du jury au moyen d’une directive restrictive; ils sont généralement laissés à l’appréciation du jury, qui reçoit alors une mise en garde dans l’exposé du juge.

[58] Le juge du procès est tenu de donner au jury une mise en garde de type *Vetrovec* quand il laisse à son appréciation le témoignage d’un informateur dans un établissement de détention. Cette directive « doit prendre en compte le double objectif de la mise en garde de type *Vetrovec* : premièrement, éveiller l’attention du jury sur le danger de se fonder sur les dépositions de témoins douteux en l’absence de toute confirmation et expliquer pourquoi elles doivent être examinées de façon particulièrement rigoureuse; deuxièmement, si les circonstances le justifient, fournir aux jurés les outils nécessaires pour déterminer les éléments de preuve pouvant renforcer la crédibilité de ces témoins » (*Khela*, par. 47, le juge Fish, cité dans *R. c. Hurley*, 2010 CSC 18, [2010] 1 R.C.S. 637, par. 11).

[59] L’identification par témoin oculaire illustre de façon encore plus frappante l’importance de faire une distinction entre la directive restrictive qui soustrait une preuve à l’examen du jury et la mise en garde qui appelle le jury à la prudence relativement à une preuve. Dans la très grande majorité des cas, l’identification par témoin oculaire est pertinente quant à l’identité, c’est-à-dire pour ce qui est de savoir si l’accusé est bien l’auteur de l’infraction.

identification can be “deceptively credible” because an honest and sincere witness may be mistaken (*R. v. Hibbert*, 2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445, at paras. 50-51, specifically referring to “eyewitness in-court identification”, but also discussing eyewitness identification generally; see also *R. v. Curran* (2004), 188 O.A.C. 1, at para. 29). The appropriate response is not to instruct the jury that they cannot consider eyewitness testimony in determining the issue of identity. Rather, it is to warn the jury that the evidence may not be as reliable as it seems. Indeed, this is what judges generally do.

[60] In sum, it is important to remember that, when dealing with risky evidence, the trial judge is not left with a stark choice between removing the evidence from the jury’s consideration with respect to one or more live issues, and simply leaving the evidence with the jury without any guidance. It is also possible for the judge to warn the jury of the risks and thereby assist them in performing their fact-finding function. In my view, a limiting instruction is only appropriate when the evidence is not relevant to one or more live issues, is subject to a specific exclusionary rule or is explicitly found by the trial judge to be more prejudicial than probative. Otherwise, judicial experience about the risks associated with certain types of evidence should be communicated to the jury by way of a caution.

B. *Did the Trial Judge’s Charge to the Jury in This Case Satisfy the Requirements of the Rules of Evidence as They Apply to Limiting Instructions and Cautions?*

(1) The Trial Judge Should Not Have Given a Limiting Instruction

[61] In this case, the trial judge provided a caution. It was not argued that the warning was inadequate to alert the jury to the possibility that there might be other explanations for Mr. White’s lack of hesitation prior to flight. Similarly, it was not

Il arrive cependant que l’identification par témoin oculaire « donne l’illusion d’être crédible » parce qu’un témoin honnête et sincère peut se tromper (*R. c. Hibbert*, 2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445, par. 50-51, concernant expressément « l’identification par témoin oculaire à l’audience », mais traitant aussi de l’identification par témoin oculaire en général; voir aussi *R. c. Curran* (2004), 188 O.A.C. 1, par. 29). La solution ne consiste pas à interdire aux jurés de prendre en considération la déposition d’un témoin oculaire pour trancher la question de l’identité, mais plutôt à les prévenir que ce témoignage n’est peut-être pas aussi fiable qu’il le paraît. C’est d’ailleurs ce que font généralement les juges.

[60] En bref, il importe de garder à l’esprit que, devant une preuve qui présente des risques, le juge du procès n’a pas à faire un choix déchirant entre soustraire la preuve à l’examen du jury à l’égard d’une ou de plusieurs questions en litige, et laisser simplement la preuve à l’appréciation du jury sans le guider de quelque façon que ce soit. Le juge a aussi le choix de signaler les risques au jury et de l’aider ainsi à s’acquitter de son rôle de juge des faits. À mon avis, une directive restrictive convient uniquement dans les cas où la preuve n’est pas pertinente quant à une ou plusieurs questions en litige, est assujettie à une règle d’exclusion particulière ou est considérée plus préjudiciable que probante par le juge du procès. Dans les autres cas, l’enseignement que les tribunaux ont tiré de leur expérience quant aux risques associés à certains types de preuve doit être transmis au jury au moyen d’une mise en garde.

B. *L’exposé au jury, en l’espèce, satisfait-il aux règles de preuve telles qu’elles s’appliquent aux directives restrictives et aux mises en garde?*

(1) Le juge du procès ne devait pas donner une directive restrictive

[61] Le juge du procès a fait une mise en garde en l’espèce. Nul n’a fait valoir que la mise en garde ne signalait pas adéquatement au jury la possibilité qu’il y ait d’autres explications au fait que M. White a fui sans hésiter. Il n’a pas été plaidé non plus que

argued that the trial judge ought to have exercised his discretion to exclude the evidence or to have excluded the evidence based upon a specific exclusionary rule. None of these issues were before this Court. The only issue that was raised before this Court was whether the trial judge should have provided a limiting instruction that Mr. White's lack of hesitation prior to flight was not probative as between murder and manslaughter; in other words, that it was irrelevant.

(a) *The Issue Was of Little Significance at Trial*

[62] The issue in this appeal is whether the evidence of Mr. White's lack of hesitation prior to flight was relevant in determining his level of culpability as between murder and manslaughter. At the outset, I should state that this issue was of little significance at trial. As Charron J.'s detailed review of the record shows (paras. 111-21), this issue was not a significant element in the Crown's case.

[63] Without repeating what Charron J. has said, I stress that three features of the record are particularly telling as to the minimal significance, at trial, of evidence of lack of hesitation prior to flight in relation to the issue of intent. First, throughout the Crown's case, the identity of the shooter was a very live issue. Evidence of flight was of central importance to the Crown's case on the issue of identity. Second, in making its case on intent, the Crown emphasized forensic evidence and eyewitness testimony. Mr. White's lack of hesitation prior to flight was a very minor part of the Crown's case on intent. Third, defence counsel did not respond to the Crown's submissions about the evidence of lack of hesitation prior to flight in his closing argument nor did he raise any concerns about the use of this evidence with the trial judge.

le juge du procès aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire d'exclure la preuve ou appliquer une règle d'exclusion particulière. Notre Cour n'a été saisie d'aucune de ces questions. La seule question soulevée devant notre Cour est de savoir si le juge du procès devait donner une directive restrictive selon laquelle le fait que M. White a fui sans hésiter n'était pas probant pour décider de sa culpabilité de meurtre ou d'homicide involontaire coupable; autrement dit, si le juge devait préciser que ce fait n'était pas pertinent.

a) *La question revêtait peu d'importance au procès*

[62] Le pourvoi soulève la question de savoir si la preuve que M. White a fui sans hésiter permettait de déterminer son degré de culpabilité — s'il avait commis un meurtre ou un homicide involontaire coupable. Je dois dire d'entrée de jeu que cette question revêtait peu d'importance au procès. Comme le révèle l'analyse approfondie du dossier conduite par la juge Charron (par. 111-121), cette question ne constituait pas un élément important de la thèse du ministère public.

[63] Sans vouloir répéter les propos de la juge Charron, je souligne que trois éléments du dossier sont particulièrement révélateurs de l'importance minime, au procès, de la preuve d'absence d'hésitation avant la fuite en ce qui concerne la question de l'intention. Premièrement, la question de l'identité du tireur est demeurée en litige tout au long de la présentation de la preuve du ministère public. La preuve de la fuite revêtait une importance primordiale pour la thèse du ministère public sur cette question. Deuxièmement, dans la démonstration de sa thèse sur l'intention, le ministère public a mis l'accent sur la preuve criminalistique et la déposition des témoins oculaires. Le fait que M. White a fui sans hésiter a joué un rôle infime dans la thèse du ministère public concernant l'intention. Troisièmement, l'avocat de la défense n'a pas répondu, dans sa plaidoirie finale, aux arguments formulés par le ministère public relativement à la preuve d'absence d'hésitation avant la fuite, et il n'a pas non plus fait part au juge du procès de quelque réserve que ce soit sur l'utilisation de cette preuve.

(b) *The Relevance of Lack of Hesitation Prior to Flight*

[64] Having noted the context in which the issue arose at trial, I now consider whether lack of hesitation prior to flight was relevant to determining Mr. White's level of culpability as between murder and manslaughter.

[65] The Crown sought to convince the jury that Mr. White's conduct in the immediate aftermath of the gunshot was not reconcilable with the theory that the gun was fired accidentally. In Mr. White's view, this submission "breached the well-established rule that post-offence conduct, such as flight, is not admissible to determine an accused's level of culpability" (A.F., at para. 58). Relying on *Arcangioli*, and its successor cases, he argues that the Crown invited the jury to draw an impermissible inference of "consciousness of guilt" of second degree murder from his "immediate flight".

[66] However, this case is distinguished from *Arcangioli* on the facts. The conduct alluded to by the Crown is not the *flight itself*, but rather Mr. White's failure to hesitate after his gun was fired into Mr. Matasi's chest before he fled the scene. This is different from the question at issue in *Arcangioli*, which concerned the simple act of fleeing from the scene. In that case — as, indeed, in this one — the mere fact that the accused fled the scene did not provide any information as to whether he was guilty of the lesser or the greater charge. However, in this case, the fact that Mr. White failed to hesitate at the discharge of his firearm into another person's chest *does* potentially provide such information.

[67] As a matter of logic and human experience, one would expect an ordinary person to present some physical manifestation, such as hesitation, at a gun in their hand accidentally discharging into

b) *La pertinence de l'absence d'hésitation avant la fuite*

[64] Après avoir décrit le contexte dans lequel la question a été soulevée au procès, j'examinerai maintenant la question de savoir si le fait que M. White a fui sans hésiter était pertinent quant à son degré de culpabilité, c'est-à-dire pour déterminer s'il avait commis un meurtre ou un homicide involontaire coupable.

[65] Le ministère public a cherché à convaincre le jury que le comportement de M. White immédiatement après le coup de feu était incompatible avec la thèse du coup de feu accidentel. Selon M. White, ces propos [TRADUCTION] « contreviennent à la règle bien établie portant qu'un comportement postérieur à l'infraction, comme la fuite, ne peut être admis en preuve pour établir le degré de culpabilité de l'accusé » (m.a., par. 58). Invoquant *Arcangioli* et les arrêts qui l'ont suivi, il soutient que le ministère public a invité le jury à conclure à l'existence d'une « conscience de culpabilité » de meurtre au deuxième degré à partir de la « fuite immédiate », conclusion qu'il lui était interdit de tirer.

[66] La présente espèce se distingue cependant de l'affaire *Arcangioli* sur le plan des faits. Le comportement évoqué par le ministère public n'est pas *la fuite même*, mais plutôt le fait que M. White n'a pas hésité avant de prendre la fuite après qu'un coup de feu provenant de son arme a atteint M. Matasi à la poitrine. Il en était autrement dans *Arcangioli*, où c'était simplement la fuite comme telle qui était en cause. Dans cette dernière affaire — comme en l'espèce, d'ailleurs — la simple fuite de l'accusé n'était d'aucune utilité pour déterminer s'il était coupable de l'infraction la plus grave ou la moins grave. En l'espèce, toutefois, le fait que M. White n'a pas hésité après qu'un coup de feu provenant de son arme a atteint une autre personne à la poitrine pourrait *effectivement* être utile pour répondre à cette question.

[67] Selon la logique et l'expérience humaine, on s'attendrait à observer certains signes physiques, comme de l'hésitation, chez une personne ordinaire qui vient d'atteindre accidentellement une

someone's chest, thereby killing them. It was open to the jury to infer that a failure to react in this way was incongruous with the theory, advanced by the defence, that the gun went off by accident as the two men struggled with each other. To use the language of *Arcangioli* and *White (1998)*, lack of hesitation was not "equally consistent with" or "equally explained by" accidentally as opposed to intentionally shooting the victim. It is less consistent with accident. Thus, the evidence that Mr. White did not hesitate when the gun was fired in response to this unexpected and calamitous turn of events supports an inference that he deliberately pulled the trigger.

[68] Again, this case is not simply a replay of *Arcangioli*. In my view, there is a meaningful difference between the following two questions:

Would the accused have been *equally* likely to flee the scene whether he was guilty of murder or of manslaughter? (in *Arcangioli*)

Would the accused have been *equally* likely to hesitate before fleeing had he shot the victim intentionally or accidentally? (in this case)

[69] The two questions raise distinct sets of considerations. On the one hand, logic and human experience suggest that there is no reason to think that a person who has committed manslaughter would be more likely to stay at the scene of the crime than one who has committed murder. In both cases the person has committed a very serious offence by unlawfully killing someone and will be just as likely to flee. In both cases, the person may flee for a host of reasons, such as to avoid arrest, to minimize evidence of that person's connection with the crime, or to buy additional time. Indeed, flight is a response equally consistent with a wide range of much less serious offences, such as theft, vandalism, or common assault (as discussed in *Arcangioli*).

autre personne d'une balle à la poitrine et de la tuer. Le jury pouvait conclure que l'absence d'une telle réaction ne cadrerait pas avec la thèse invoquée par la défense, voulant que le coup soit parti accidentellement au cours de la lutte corps à corps entre les deux hommes. Pour reprendre les termes employés dans *Arcangioli* et *White (1998)*, l'absence d'hésitation n'était pas « tout aussi compatible » avec un coup de feu accidentel qu'avec un coup de feu intentionnel et ne pouvait « s'expliquer tout autant par » l'un ou l'autre. L'absence d'hésitation est moins compatible avec la thèse de l'accident. Par conséquent, la preuve que M. White n'a pas hésité au moment du coup de feu, en réaction à la tournure imprévue et désastreuse des événements, étaye la conclusion qu'il a délibérément appuyé sur la détente.

[68] Encore une fois, la présente affaire n'est pas une simple réplique de l'affaire *Arcangioli*. Il existe selon moi une différence notable entre les deux questions suivantes :

Était-il *tout aussi* vraisemblable que l'accusé fuie les lieux, qu'il ait commis un meurtre ou qu'il ait commis un homicide involontaire coupable? (dans *Arcangioli*)

Était-il *tout aussi* vraisemblable que l'accusé hésite avant de prendre la fuite, qu'il ait tiré délibérément sur la victime ou qu'il ait tiré accidentellement? (en l'espèce)

[69] Ces deux questions font intervenir des considérations distinctes. D'un côté, la logique et l'expérience humaine enseignent qu'il n'y a pas lieu de penser que l'auteur d'un homicide involontaire coupable serait plus susceptible que l'auteur d'un meurtre de demeurer sur les lieux du crime. Dans les deux cas, cette personne a commis une infraction très grave, soit un homicide coupable, et la probabilité qu'il s'enfuit est la même. Dans les deux cas, de nombreuses raisons peuvent motiver sa fuite : éviter l'arrestation, minimiser la preuve la reliant au crime ou gagner du temps. En fait, la fuite est une réaction tout aussi compatible avec un grand nombre d'infractions beaucoup moins graves comme le vol, le vandalisme ou les voies de fait simples (comme il en est question dans *Arcangioli*).

[70] On the other hand, logic and human experience suggest that people are more likely to show some outward sign, such as hesitation, before continuing on with their actions, when they do something accidentally than when they do it on purpose. This is all the more so when the accident involves a sharp physical effect on the person (the discharge of a gun in one's hand) and results in a terrible consequence, such as having killed another person. As I have discussed, lack of hesitation prior to flight, is less consistent with shooting and killing someone accidentally than it is with doing so intentionally. Thus, in the context of determining relevance, evidence of flight *per se* is different from evidence of lack of hesitation prior to flight.

[71] In *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, LeBel J., in his reasons for the majority, addressed an issue similar to the one being discussed here, albeit in *obiter*.

[72] In that case, a man was accused of shooting and killing a police officer who had entered his home in order to deal with a domestic dispute between the accused and his wife. The accused claimed that the shooting was accidental, and testified that he could not remember the events leading up to the shooting because of the effects of the pepper spray used on him by the police officer. In order to impugn the accused's credibility, the Crown had referred to the fact that, moments after the shooting, the accused had reloaded his gun and told his wife that he intended to commit suicide, all without bothering to verify if the officer was dead. In the Crown's view, these actions were inconsistent with the accused's testimony that he had virtually no memory of the shooting itself, and so it sought to weaken the credibility of that testimony by drawing attention to the discrepancy.

[73] Although the Crown only used evidence of his post-offence conduct to impugn the credibility of the accused, LeBel J. believed that an argument could have been made that his conduct supported an inference concerning the state of mind of the accused at the time of the shooting:

[70] En revanche, la logique et l'expérience humaine enseignent aussi que les auteurs d'un acte involontaire sont plus susceptibles de manifestations visibles, comme des signes d'hésitation, avant de continuer à agir que les auteurs d'un acte volontaire. Cela est d'autant plus vrai lorsque l'accident a un effet physique marqué sur l'intéressé (la décharge d'une arme à feu qu'il tient dans sa main) et de terribles conséquences, comme la mort d'une autre personne. Comme je l'ai expliqué, le fait de fuir sans hésiter est moins compatible avec un coup de feu mortel accidentel qu'avec un coup de feu mortel intentionnel. Par conséquent, en ce qui concerne la question de la pertinence, il y a une différence entre la preuve de la fuite même et la preuve de l'absence d'hésitation avant la fuite.

[71] Dans *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, le juge LeBel, qui a rédigé les motifs de la majorité, a abordé une question analogue, mais de façon *incidente*.

[72] Dans cette affaire, un homme était accusé d'avoir tué par balle un policier qui était entré chez lui pour régler une querelle conjugale. L'accusé a prétendu que le coup de feu avait été tiré accidentellement, et il a témoigné qu'il ne se souvenait pas des événements ayant conduit au coup de feu à cause des effets du gaz poivré que le policier avait utilisé contre lui. Pour attaquer sa crédibilité, le ministère public a indiqué que, quelques secondes après le coup de feu, l'accusé avait rechargé l'arme et dit à sa femme qu'il voulait se suicider, sans même se soucier de vérifier si le policier était mort. D'après le ministère public, ces gestes étaient incompatibles avec le témoignage de l'accusé selon lequel il ne se rappelait pratiquement rien du coup de feu lui-même. Le ministère public a donc cherché à miner la crédibilité de ce témoignage en attirant l'attention sur cette discordance.

[73] Bien que le ministère public ait utilisé la preuve du comportement postérieur à l'infraction à la seule fin d'attaquer la crédibilité de l'accusé, il aurait pu, selon le juge LeBel, faire valoir que ce comportement permettait de tirer une conclusion au sujet de l'état d'esprit de l'accusé au moment du coup de feu :



Post-offence conduct may also be used to discredit a defence that relates to the accused person's state of mind at the time of the offence and that is therefore relevant to his or her ability to form the requisite intent for the offence, such as intoxication (*R. v. Pharr*, 2007 ONCA 551, 227 O.A.C. 112, at paras. 8-15; *Peavoy*, at pp. 630-31) or the "not criminally responsible" defence under s. 16 (*R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at paras. 42-53). In the case at bar, the Crown could have pursued the argument that the appellant's sense of awareness immediately after the shooting was relevant circumstantial evidence that he had the requisite intent, since it belied his claim to have been completely disoriented by the pepper spray. If the Crown had done so, then the jury should have been instructed on the limited probative value of the appellant's post-offence conduct. [Emphasis added; para. 40.]

[74] In my view, the situation in the present case is no different. A jury could legitimately infer that Mr. White's lack of hesitation after the gun was fired belied his claim that the shooting was accidental. Evidence of such a failure is thus relevant to the question of whether he had the requisite intent for second degree murder.

[75] This evidence was not tainted by the hallmark flaws associated with "demeanour evidence" so as to be irrelevant. Such hallmark flaws are generally associated with evidence in the form of a witness's impression of the accused's mental or emotional state (e.g. appeared calm or nervous), as inferred by the witness from the accused's outward appearance or behaviour. The accused's mental or emotional state is then submitted as suspect and probative of guilt (see *Nelles*; *R. v. Levert* (2001), 150 O.A.C. 208, at paras. 24-27; *R. v. Trotta* (2004), 191 O.A.C. 322, at paras. 40-43 (an appeal was allowed by this Court and a new trial was ordered, but solely on the basis of fresh evidence, 2007 SCC 49, [2007] 3 S.C.R. 453)).

[76] A problem with such evidence is that the inferential link between the witness's perception of the accused's behaviour and the accused's mental

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

[74] À mon avis, la situation qui nous occupe n'est pas différente. Un jury pourrait légitimement conclure que l'absence d'hésitation chez M. White après le coup de feu contredisait sa prétention que le coup était parti accidentellement. La preuve de l'absence d'hésitation est donc pertinente quant à l'existence de l'intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré.

[75] Cette preuve n'était pas entachée des lacunes caractéristiques de la « preuve relative à l'attitude » au point d'être dénuée de pertinence. Ces lacunes caractéristiques sont généralement associées à l'utilisation en preuve des inférences sur l'état mental ou émotif de l'accusé (p. ex., s'il semblait calme ou nerveux) que le témoin tire de l'apparence ou du comportement de l'accusé. On présente alors l'état mental ou émotif de l'accusé comme un élément suspect et une preuve de culpabilité (voir *Nelles*; *R. c. Levert* (2001), 150 O.A.C. 208, par. 24-27; *R. c. Trotta* (2004), 191 O.A.C. 322, par. 40-43 (notre Cour a accueilli l'appel de cet arrêt et ordonné un nouveau procès, mais uniquement sur la base d'une preuve nouvelle, 2007 CSC 49, [2007] 3 R.C.S. 453)).

[76] Ce genre de preuve pose problème du fait que le lien inférentiel entre la perception qu'a le témoin du comportement de l'accusé et l'état mental de

state can be tenuous (*Trotta*, at para. 40). The witness's assessment depends on a subjective impression and interpretation of the accused's behaviour (*Levert*, at para. 27). Moreover, it appears to involve an element of mind reading (*R. v. Anderson*, 2009 ABCA 67, 3 Alta. L.R. (5th) 29, at para. 51). Additionally, insofar as the witness is inferring the accused's state of mind from the accused's outward appearance, there may be a legitimate concern that this is inadmissible lay opinion evidence. This is to be contrasted with evidence of objective conduct that allows the jury to draw its own inferences about the accused's state of mind.

[77] Lack of hesitation prior to flight is an objective fact, from which the finder of fact (and not the witness) is asked to draw an inference of no shock or surprise. This was not a case where the accused's outward behaviour was adduced to prove that an awareness of guilt was boiling under the surface. The evidence here is not analogous to a doctor's testimony that a nurse had "a very strange expression" and displayed no signs of grief when she was "writing up the final death note as part of her other difficult duties on the occasion of the death of a baby in her care" (*Nelles*, at p. 125, cited in Binnie J.'s reasons, at para. 142); nor is it analogous to testimony that the accused seemed "unusually quiet" in the area of a crime scene and turned his head away (*Anderson*, at para. 50, cited in Binnie J.'s reasons, at para. 143). Instead, the evidence was in the nature of the absence of an immediate reflex.

[78] Indeed, I agree with Charron J. that Crown counsel's comment was certainly not "an invitation to infer a murderous intent from the way Mr. White 'looked' just before he fled" (para. 122). As her discussion of the record shows, "while every witness to the event testified that the shooter immediately fled, *no witness* was asked by the Crown how the shooter 'looked' at the time he fled" (para. 122 (emphasis in original)). Rather, if any examples of

l'accusé peut être tenu (*Trotta*, par. 40). Les conclusions du témoin reposent sur son impression et son interprétation subjectives du comportement de l'accusé (*Levert*, par. 27). Qui plus est, elles semblent comporter une certaine part de lecture de la pensée (*R. c. Anderson*, 2009 ABCA 67, 3 Alta. L.R. (5th) 29, par. 51). En outre, dans la mesure où le témoin infère l'état d'esprit de l'accusé de son apparence, on peut se demander à juste titre s'il ne s'agit pas d'une preuve d'opinion inadmissible de la part d'un témoin non expert. Cette preuve doit être distinguée d'une preuve objective du comportement de l'accusé qui permet aux jurés de tirer leurs propres conclusions sur son état d'esprit.

[77] L'absence d'hésitation avant la fuite constitue un fait objectif à partir duquel on demande au juge des faits (et non au témoin) de conclure que l'accusé n'était ni bouleversé ni surpris. Il ne s'agissait pas en l'espèce d'un cas où on a produit en preuve le comportement observable de l'accusé pour démontrer l'existence d'un remous intérieur attribuable à une conscience de culpabilité. La preuve en l'espèce n'est pas comparable au témoignage d'un médecin selon lequel une infirmière avait [TRADUCTION] « une expression très étrange » et ne montrait aucun signe d'affliction « à l'occasion de la mort d'un bébé dont elle prenait soin » pendant qu'elle « s'acquittait de la tâche éprouvante de rédiger la note de décès comme elle devait le faire » (*Nelles*, p. 125, cité par le juge Binnie au par. 142 de ses motifs); elle n'est pas comparable non plus au témoignage que l'accusé semblait [TRADUCTION] « anormalement tranquille » sur les lieux d'un crime et a détourné le regard (*Anderson*, par. 50, cité par le juge Binnie au par. 143 de ses motifs). La preuve en l'espèce consistait plutôt en l'absence d'un réflexe immédiat.

[78] En fait, je suis d'accord avec la juge Charron que la remarque de l'avocat du ministère public n'était assurément pas « une invitation à conclure à l'intention de commettre un meurtre en se fondant sur "l'air" qu'avait M. White juste avant sa fuite » (par. 122). Comme le montre son analyse du dossier, « bien que chacun des témoins de l'incident ait affirmé que le tireur s'était enfui immédiatement, le ministère public n'a demandé à *aucun témoin* quel

“demeanour evidence” were at issue in this case, it was counsel for the defence who attempted to introduce them. I further agree that, had defence counsel successfully shown that there was evidence that Mr. White did look surprised or shocked after the shooting, the jury would have been entitled to the benefit of this evidence (Charron J.’s reasons, at para. 126).

[79] It is true that the Crown’s use of evidence of lack of hesitation prior to flight presupposes a normal range of reactions: it assumes that most people will hesitate or show some other outward sign of surprise when something dramatic and horrible accidentally happens. Of course, it may be that not everyone will respond in this way. However, I consider this view of a normal almost reflexive or involuntary response to be well founded. I have no doubt that had there been evidence of hesitation, defence counsel would have submitted it as probative of an accident. Divergence from this norm, though not determinative, is more consistent with an intentional shooting than with an accident. It would therefore have been wrong for the trial judge to instruct the jury that this evidence had no probative value in determining intent, as Mr. White suggests he should have. It was not irrelevant.

(2) The Trial Judge’s Instructions to the Jury Did Not Invite the Jury to Consider Evidence of Flight *per se* in Determining the Appellant’s Level of Culpability as Between Murder and Manslaughter

[80] Mr. White submits that, even if the Crown’s argument concerning his lack of surprise was permissible, the trial judge nonetheless erred in his instructions to the jury because he invited them to consider *the flight itself* as evidence that he intended to shoot Mr. Matasi.

“air” avait le tireur lorsqu’il a pris la fuite » (par. 122 (en italique dans l’original)). Si des éléments de « preuve relative à l’attitude » étaient en cause en l’espèce, c’est plutôt l’avocat de la défense qui a tenté de les présenter. Je suis également d’accord pour dire que, si l’avocat de la défense était parvenu à établir que des éléments de preuve démontraient que M. White semblait surpris ou bouleversé après le coup de feu, le jury aurait eu le droit de bénéficier de cette preuve (motifs de la juge Charron, par. 126).

[79] Certes, l’utilisation par le ministère public de la preuve de l’absence d’hésitation avant la fuite présuppose qu’une certaine gamme de réactions sont normales : elle tient pour avéré que la plupart des gens hésitent ou montrent quelque autre signe de surprise lorsqu’un drame horrible se produit accidentellement. Bien sûr, il se peut que certaines personnes ne réagissent pas de cette façon. Je considère toutefois que cette perception d’une réaction normale presque réflexive ou involontaire est bien fondée. Je suis sûr que, s’il existait une preuve d’hésitation, l’avocat de la défense l’aurait utilisée comme démontrant le caractère accidentel du drame. Bien qu’il ne soit pas déterminant, un écart par rapport à cette norme est plus compatible avec un coup de feu intentionnel qu’avec un coup de feu accidentel. Le juge du procès aurait donc eu tort de dire au jury, comme M. White soutient qu’il aurait dû le faire, que cette preuve n’avait aucune valeur probante relativement à l’intention. Cette preuve n’était pas dénuée de pertinence.

(2) Dans ses directives au jury, le juge du procès ne l’a pas invité à prendre en considération la preuve de la fuite même pour déterminer le degré de culpabilité de l’appelant — c’est-à-dire s’il avait commis un meurtre ou un homicide involontaire coupable

[80] Selon M. White, même si le ministère public était autorisé à invoquer le fait qu’il n’était pas surpris, le juge du procès a commis une erreur dans ses directives aux jurés en les invitant à considérer *la fuite même* comme une preuve de son intention de tirer sur M. Matasi.

[81] The trial judge referred to post-offence conduct in relation to Mr. White's flight from the scene on two occasions. The first reference came in the context of his instructions to the jury on the issue of intent. Near the end of his instructions on that point, he stated the following:

You may consider Mr. White's post-event conduct in fleeing the scene, but you should also be careful with it. It may not tell you much more than that for any number of reasons he would be in some kind of trouble if he stayed at the scene and it may not be of much assistance in assessing his precise state of mind at the time the gun was fired. That is for you to assess and consider. [A.R., at p. 606]

He next referred to the manner of Mr. White's flight in summarizing the Crown's theory of the case:

The Crown submits that what is most compelling is the forensic evidence. It submits that the location of the bullet fragments is significant and suggests that Mr. Matasi could not have been standing up because with the elevation drop, a bullet shot north, when passing through Mr. Matasi's body would have ended up not on the ground but in a building somewhere on Water Street. The Crown lastly noted that the accused ran away with no apparent hesitation or confusion, which suggests that what happened is what he intended to happen. This, the Crown suggested, indicates intention by one of the two ways possible for murder. [Emphasis added; A.R., p. 609.]

[82] The first of these references may, if taken entirely out of context, appear to be equivocal. Read in isolation, it is not entirely clear whether the statement constitutes an invitation to the jury to consider the flight itself, or rather circumstances surrounding the flight. Nevertheless, this Court need not automatically adopt the interpretation most favourable to Mr. White. When reviewing a trial judge's instructions to the jury, appellate courts must not immediately adopt a restrictive interpretation any time an isolated word or phrase presents an apparent ambiguity. Rather, they must first ascertain whether the ambiguity can be resolved by applying the general principles of interpretation and placing

[81] Le juge du procès a parlé à deux reprises du comportement postérieur à l'infraction en ce qui concerne la fuite de M. White. Il l'a mentionné une première fois en donnant ses directives au jury sur la question de l'intention. Vers la fin de ses directives sur ce point, il a tenu les propos suivants :

[TRADUCTION] Vous pouvez tenir compte du comportement que M. White a adopté après l'événement en fuyant le lieu du crime, mais vous devez utiliser cette preuve avec prudence. Il se peut qu'elle ne démontre rien de plus que, pour différentes raisons, M. White aurait eu des ennuis s'il était resté sur les lieux et il se peut qu'elle ne soit pas très utile pour évaluer son état d'esprit précis au moment où le coup de feu a été tiré. C'est à vous d'analyser et d'apprécier cette preuve. [d.a., p. 606]

Il a ensuite parlé de la façon dont M. White a pris la fuite dans son résumé de la thèse du ministère public :

[TRADUCTION] Le ministère public prétend que la preuve la plus convaincante est la preuve criminalistique. Selon lui, l'emplacement des fragments de balle est significatif et indique que M. Matasi ne pouvait pas se tenir debout parce que, vu la dénivellation, une balle tirée vers le nord aurait terminé sa course non pas sur le sol, mais dans un immeuble de la rue Water après avoir traversé le corps de M. Matasi. Le ministère public a finalement indiqué que l'accusé s'était enfui sans hésitation ou confusion apparentes, ce qui donne à croire qu'il voulait réellement que les événements qui se sont produits se produisent. Selon le ministère public, cela indique de l'une des deux manières possibles qu'il avait l'intention requise pour être déclaré coupable de meurtre. [Je souligne; d.a., p. 609.]

[82] Prise hors contexte, la première de ces remarques peut paraître équivoque. Lorsqu'elle est lue isolément, on ne saurait dire avec certitude si elle invite le jury à tenir compte de la fuite même, ou plutôt des circonstances entourant la fuite. Cependant, notre Cour n'est pas tenue de retenir automatiquement l'interprétation la plus favorable à M. White. Lors de l'examen des directives données au jury par le juge du procès, les tribunaux d'appel ne sont pas tenus, d'emblée, d'interpréter de manière restrictive tous les mots ou toutes les expressions qui, isolément, paraissent ambigus. Ils doivent plutôt vérifier d'abord s'il est possible de résoudre l'ambiguïté en appliquant les principes

the statement in its proper context. As LeBel J. noted in *Jaw*, the adoption of a restrictive interpretation of a jury charge is “a principle of last resort that does not supersede a purposive and contextual approach to interpretation” (para. 38, citing *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864, at pp. 881-82; *R. v. Mac*, 2002 SCC 24, [2002] 1 S.C.R. 856, at para. 4; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 472-74).

[83] In *Jaw*, LeBel J. declined to resolve the ambiguity in the accused’s favour because that was not a case in which “the trial judge used a word or phrase that was reasonably capable of more than one meaning and the jury was left to discern which of the possible meanings was intended” (para. 37). In his view, when read in the context of the charge as a whole and the evidence presented at trial, the impugned statement had only one reasonable meaning. The fact that an appellate court might “divine” another interpretation “does not mean that the charge created uncertainty for the jury” (*Jaw*, at para. 37).

[84] These comments are apposite to the present case. While it is theoretically possible to read the trial judge’s statement as an invitation to consider Mr. White’s act of flight as evidence of “consciousness of guilt”, this would not be a reasonable interpretation given the context in which the statement was made. For the purpose of proving identity and as part of the narrative, flight *per se* was clearly admissible. Indeed, it would have been impossible for the Crown to provide a full account of what transpired at the scene and of the events leading up to Mr. White’s arrest without mentioning that he had fled the scene. However, by the time the trial judge was instructing the jury, flight *per se* was not important; it was merely collateral to other evidence upon which the Crown relied. The Crown itself had never suggested that Mr. White’s decision to flee the scene was indicative of his level of culpability. Furthermore, not much later in the charge, the trial judge correctly summarized the

généraux d’interprétation et en situant la remarque correctement dans son contexte. Pour reprendre les propos du juge LeBel dans *Jaw*, le principe de l’interprétation restrictive d’un exposé au jury « ne s’applique qu’en dernier ressort et il ne prévaut pas sur une interprétation fondée sur l’objet et le contexte » (par. 38, citant *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864, p. 881-882; *R. c. Mac*, 2002 CSC 24, [2002] 1 R.C.S. 856, par. 4; R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 472-474).

[83] Dans *Jaw*, le juge LeBel a refusé de résoudre l’ambiguïté en faveur de l’accusé, car il ne s’agissait pas d’un cas où « le juge du procès a utilisé un mot ou une expression qui était raisonnablement susceptible de plus d’une interprétation, laissant ainsi au jury le soin de déterminer le sens voulu » (par. 37). Selon le juge LeBel, les propos contestés, interprétés dans le contexte global de l’exposé et de la preuve produite au procès, ne possédaient qu’un seul sens raisonnable. La possibilité qu’une cour d’appel puisse interpréter différemment les mots utilisés « ne signifie pas que l’exposé crée de l’incertitude pour les jurés » (*Jaw*, par. 37).

[84] Ces commentaires sont pertinents en l’espèce. Bien qu’il soit possible en théorie d’interpréter les propos du juge du procès comme une invitation à considérer la fuite de M. White comme une preuve de sa « conscience de culpabilité », cette interprétation ne serait pas raisonnable compte tenu du contexte dans lequel ils ont été formulés. La fuite même était manifestement admissible comme preuve de l’identité et en tant qu’élément du récit des faits. En fait, le ministère public n’aurait pas pu donner un compte rendu complet de ce qui est survenu sur le lieu du crime et des faits menant à l’arrestation de M. White sans mentionner que ce dernier avait pris la fuite. Toutefois, la fuite même n’était plus importante au moment où le juge du procès a donné ses directives au jury; elle n’était qu’accessoire aux autres éléments de preuve sur lesquels se fondait le ministère public. Celui-ci n’a jamais laissé entendre que la décision de M. White de prendre la fuite était révélatrice de son degré

use to which the Crown had put the evidence of Mr. White's post-event conduct.

[85] In light of this, I do not believe that the jury would have understood him to be suggesting that Mr. White's flight alone was relevant to its verdict. To paraphrase LeBel J., this was not a case in which the jury was left guessing whether it was to consider the flight alone or the circumstances surrounding the flight in assessing the accused's level of culpability.

(3) The Trial Judge's Caution to the Jury Was Sufficient

[86] In my view, Mr. White's lack of hesitation prior to fleeing the scene was relevant to the issue of his level of culpability. Accordingly, I consider that this evidence was properly left with the jury.

[87] Nevertheless, the evidence was not without its risks. There could have been explanations for Mr. White's failure to hesitate or evince any physical signs of surprise other than that he intentionally pulled the trigger. The notion that a person who accidentally shoots someone to death will, normally have the immediate reaction of hesitating or showing some other sign of surprise is well founded. Still, there may be exceptional individuals who do not respond in the normal way. While the existence of other, less likely explanations does not render this evidence irrelevant, the possibility of other explanations might not have been immediately apparent to the jury. Thus, it was appropriate for the trial judge to warn the jury to be careful with this evidence and that it might not be of much assistance to them. So he did. This caution was adequate to alert the jury to the risk associated with this evidence and to allow them to properly weigh the evidence.

[88] Thus, I would answer the second question in the affirmative: in my view, the trial judge's instructions to the jury on the question of post-offence

de culpabilité. De plus, le juge du procès a bien résumé, à peine plus loin dans son exposé, à quelle fin le ministère public avait produit la preuve du comportement de M. White après le fait.

[85] À la lumière de ce qui précède, je ne crois pas que les jurés aient pu comprendre que le juge du procès leur indiquait que la fuite en soi de M. White était pertinente pour le prononcé de leur verdict. Pour paraphraser le juge LeBel, il ne s'agissait pas en l'espèce d'un cas où les jurés avaient à deviner s'ils devaient tenir compte de la fuite en soi ou des circonstances l'entourant pour déterminer le degré de culpabilité de l'accusé.

(3) La mise en garde faite au jury par le juge du procès était suffisante

[86] À mon avis, le fait que M. White a fui sans hésiter était pertinent quant à son degré de culpabilité. Je suis donc d'avis que cette preuve a été soumise à juste titre à l'appréciation du jury.

[87] Cette preuve présentait toutefois certains risques. Le fait que M. White a fui sans hésiter et n'a montré aucun signe de surprise pouvait s'expliquer autrement que par la thèse selon laquelle il a appuyé délibérément sur la détente. Il est justifié de croire que, normalement, la personne qui en tue accidentellement une autre d'un coup de feu aura un moment d'hésitation ou manifestera quelque autre signe de surprise. Néanmoins, il est possible que des personnes singulières ne réagissent pas normalement. Bien que cette preuve soit pertinente même si d'autres explications, moins vraisemblables, sont possibles, il se peut que le jury n'ait pas songé d'emblée à ces autres explications. Le juge du procès pouvait donc, sans agir de façon irrégulière, appeler le jury à la prudence à l'égard de cette preuve et préciser qu'elle ne lui serait peut-être pas très utile. C'est ce qu'il a fait. Sa mise en garde était suffisante pour informer le jury des risques associés à cette preuve et lui permettre de bien la soulever.

[88] Je suis donc d'avis de répondre par l'affirmative à la deuxième question : À mon avis, les directives du juge du procès au jury sur le comportement

conduct were adequate and did not constitute an error of law.

C. *Is This an Appropriate Case in Which to Apply the Curative Proviso?*

[89] Notwithstanding that I believe the jury charge to have been error-free, I briefly address the question of whether this would be an appropriate case to apply the so-called “curative proviso”, s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. In my opinion it would be. Even assuming that the trial judge committed an error of law in his instructions to the jury, this error is a minor one that is harmless on its face.

[90] Section 686(1) provides:

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

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

. . .

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

. . .

(b) may dismiss the appeal where

. . .

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred . . .

[91] This Court recently reviewed the principles governing the application of the curative proviso in *Van. LeBel J.*, writing for the majority, noted that

postérieure à l’infraction étaient suffisantes et ne constituait pas une erreur de droit.

C. *Y a-t-il lieu d’appliquer la disposition réparatrice en l’espèce?*

[89] Bien que je sois d’avis que l’exposé au jury ne contient aucune erreur, j’aborderai brièvement la question de savoir s’il y aurait lieu, en l’espèce, d’appliquer ce qu’on appelle la « disposition réparatrice », soit le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Selon moi, il y aurait effectivement lieu de l’appliquer. Même en supposant que le juge du procès a commis une erreur de droit dans ses directives au jury, il s’agit d’une erreur négligeable qui est inoffensive à première vue.

[90] Le paragraphe 686(1) prévoit ce qui suit :

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

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

. . .

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

. . .

b) peut rejeter l’appel, dans l’un ou l’autre des cas suivants :

. . .

(iii) bien qu’elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l’appel pourrait être décidé en faveur de l’appelant, elle est d’avis qu’aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit . . .

[91] Notre Cour a examiné récemment les principes régissant l’application de la disposition réparatrice dans l’arrêt *Van*. S’exprimant au nom des

there are two categories of errors that satisfy the requirements of s. 686(1)(b)(iii):

An error falling into the first category is an error that is harmless on its face or in its effect. The proviso ensures that an appellate court does not need to overturn a conviction solely on the basis of an error so trivial that it could not have caused any prejudice to the accused, and thus could not have affected the verdict. Indeed, it would detract from society's perception of trial fairness and the proper administration of justice if errors such as these could too readily lead to an acquittal or a new trial (e.g. *Chibok v. The Queen* (1956), 24 C.R. 354 (S.C.C.), at p. 359). . . . Errors might also be characterized as having a minor effect if they relate to an issue that was not central to the overall determination of guilt or innocence, or if they benefit the defence, such as by imposing a more onerous burden on the Crown (*Khan*, at para. 30). The question of whether an error or its effect is minor should be answered without reference to the strength of the other evidence presented at trial. The overriding question is whether the error on its face or in its effect was so minor, so irrelevant to the ultimate issue in the trial, or so clearly non-prejudicial, that any reasonable judge or jury could not possibly have rendered a different verdict if the error had not been made. [para. 35]

[92] An appellate court can also uphold a conviction under s. 686(1)(b)(iii) in the event of an error that was *not* minor and that *cannot* be said to have caused no prejudice to the accused, if the case against the accused was so overwhelming that a reasonable and properly instructed jury would inevitably have convicted (*R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 31).

[93] Thus, the first category of error that satisfies the requirements of the curative proviso is that of "minor" or "harmless" errors. In determining whether or not an error had only a minor effect, the court may look at the entirety of the case for context, but should not assess the strength of the evidence against the accused (*Van*, at paras. 35 and 37). For example, an error that appears significant

juges majoritaires, le juge LeBel a fait remarquer que deux catégories d'erreur satisfont aux exigences du sous-al. 686(1)(b)(iii) :

L'erreur tombant dans la première catégorie représente une erreur inoffensive à première vue ou sans incidence. L'application de la disposition réparatrice dispense une cour d'appel d'annuler une déclaration de culpabilité en raison seulement d'une erreur si négligeable qu'elle n'aurait pu causer aucun préjudice à l'accusé ni, par conséquent, influencer sur le verdict. En fait, des acquittements ou des nouveaux procès ordonnés trop facilement sur la base d'erreurs de cette nature affecteraient négativement la perception que se forme la société d'un procès équitable et d'une bonne administration de la justice (voir *Chibok c. The Queen* (1956), 24 C.R. 354 (C.S.C.), p. 359). [ . . . ] De même, une erreur pourrait n'avoir qu'une incidence mineure si elle a trait à une question qui ne se situe pas au cœur de la décision globale sur la culpabilité ou l'innocence, ou si elle avantage la défense, par exemple par l'imposition d'un fardeau de preuve plus exigeant au ministère public (*Khan*, par. 30). Toutefois, la décision quant à la qualification d'une erreur ou de son incidence comme mineure devrait être prise sans évaluer la force probante des autres éléments de preuve présentés au procès. La question essentielle reste de déterminer si, à première vue ou du fait de son incidence, l'erreur demeurerait si mineure, si dépourvue de lien avec la question au cœur du procès, ou si manifestement dépourvue d'un effet préjudiciable qu'un juge ou un jury raisonnable n'aurait pas pu rendre un verdict différent si l'erreur n'avait pas été commise. [par. 35]

[92] Un tribunal d'appel peut également confirmer une déclaration de culpabilité en application du sous-al. 686(1)(b)(iii) dans les cas où l'erreur commise *n'est pas* négligeable et *ne peut* être considérée comme n'ayant causé aucun préjudice à l'accusé, mais où la preuve contre l'accusé est à ce point accablante qu'un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées conclurait forcément à la culpabilité (*R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 31).

[93] Par conséquent, les erreurs « négligeables » ou « inoffensives » représentent la première catégorie d'erreurs répondant aux exigences de la disposition réparatrice. Pour établir si une erreur n'a qu'une incidence mineure, le tribunal peut analyser le contexte global de l'affaire, mais doit s'abstenir d'évaluer la valeur probante des autres éléments de preuve présentés contre l'accusé (*Van*, par. 35 et 37).



in isolation may be minor because, in context, it only related to “a very minor aspect of the case that could not have had any effect on the outcome” or concerned “issues that the jury was otherwise necessarily aware of” (*Khan*, at para. 30).

[94] By contrast, the second category consists of errors that, while serious and prejudicial, can have had no impact on the verdict because the case against the accused was overwhelming. Here, the appellate court must evaluate the strength of the other evidence to determine whether a conviction would have been inevitable even if the serious error had not been made. If a properly instructed jury would inevitably have convicted, upholding the conviction produces no significant injustice to the accused (*Van*, at para. 36). It is also in the public interest to avoid the cost and delay of a new trial that could not realistically produce a different result (*Van*, at para. 36, citing *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751, at para. 46, *per* Binnie J.). Still, “given the difficult task for an appellate court of evaluating the strength of the Crown’s case retroactively, without the benefit of hearing the witnesses’ testimony and experiencing the trial as it unfolded”, the high standard of invariable or inevitable conviction must be met to cure serious errors (*Van*, at para. 36, citing *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239, at para. 82).

[95] In my view, the error in question, if error there was, falls into the first category. It would have been ideal for the trial judge, when instructing the jury on the matter of intent, to refer expressly and exclusively to Mr. White’s lack of hesitation or shock, as opposed to his “conduct in fleeing the scene”. Although, as I explained above, I believe that any ambiguity would immediately have been resolved by the context in which the statement was made, even assuming, *arguendo*, that the statement was persistently or intractably ambiguous and therefore constitutes an error, such an error is a minor one.

Par exemple, une erreur grave en apparence lorsque prise isolément peut s’avérer négligeable parce que, située dans son contexte, elle concernait « un aspect très mineur de l’affaire qui n’aurait pas pu avoir d’incidence sur son issue ou des questions dont le jury était forcément au courant » (*Khan*, par. 30).

[94] La deuxième catégorie, quant à elle, regroupe les erreurs qui, bien que graves et préjudiciales, n’auraient pas pu influencer sur le verdict parce que la preuve contre l’accusé était accablante. La cour d’appel doit alors évaluer la valeur probante des autres éléments de preuve pour décider si une déclaration de culpabilité aurait été inévitablement prononcée même si l’erreur grave n’avait pas été commise. Lorsqu’un jury ayant reçu des directives appropriées aurait forcément conclu à la culpabilité, la confirmation de la déclaration de culpabilité n’entraîne aucune injustice appréciable envers l’accusé (*Van*, par. 36). Il est aussi dans l’intérêt public d’éviter les coûts et retards qu’entraînerait un nouveau procès dont l’issue ne serait vraisemblablement pas différente (*Van*, par. 36, citant *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751, par. 46, le juge Binnie). Néanmoins, la norme élevée selon laquelle une déclaration de culpabilité doit être inévitable ou inéluctable pour qu’il soit remédié aux erreurs graves doit être respectée, « parce qu’une cour d’appel, qui n’a pas entendu les témoignages ni suivi le déroulement du procès, n’évalue rétroactivement la solidité de la preuve qu’avec difficulté » (*Van*, par. 36, citant *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239, par. 82).

[95] À mon avis, l’erreur en cause, si erreur il y a, tombe dans la première catégorie. Idéalement, le juge du procès aurait dû, dans ses directives au jury sur la question de l’intention, mentionner expressément et uniquement le fait que M. White n’a pas hésité et ne s’est pas montré bouleversé, plutôt que de parler du comportement qu’il a adopté [TRADUCTION] « en fuyant le lieu du crime ». À mon avis, comme je l’ai déjà expliqué, le contexte de ces propos aurait résolu sur-le-champ toute ambiguïté, mais à supposer, aux fins de la discussion, que ces propos demeurent toujours ou irréductiblement ambigus et qu’ils constituent de ce fait une erreur, il s’agit d’une erreur négligeable.

[96] The statement in question was not an express invitation to consider the flight *per se* in determining intent. At worst, the jury was provided with less than ideally clear instructions concerning what it could consider in determining intent. Given that the flight itself was never put directly in issue by the Crown, and given that the trial judge correctly summarized the Crown's position on this point, the effect of the error on the jury can only be characterized as trivial and insignificant. There was no serious possibility that the jury would be induced to consider the flight *per se* as a relevant circumstance in determining whether Mr. White had the requisite intent for second degree murder.

[97] In *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, Lamer C.J. noted that, in respect of errors in a trial judge's charge to the jury, "accused individuals are entitled to properly instructed juries. There is, however, no requirement for perfectly instructed juries" (para. 2 (emphasis in original)). If the instructions in the present case were not perfect, they were certainly adequate to the task at hand. Given the nature of the purported error, it was unlikely to have any effect on the jury's deliberations. Thus, even assuming that the trial judge erred, that error was, in the words of LeBel J., "clearly non-prejudicial" (*Van*, at para. 35).

[98] Moreover, in the context of the case as a whole, the trial judge's imperfectly worded instructions on evidence of hesitation before flight could only have had a very minor effect. Though relevant and appropriate for the jury to consider, evidence of Mr. White's lack of hesitation prior to flight was by no means central to the Crown's case on the issue of the level of culpability and *mens rea*. With respect, the record does not support Binnie J.'s position that this evidence was "a significant element in the Crown's argument to the jury, and in the trial judge's final instructions" on the issue of murderous intent (para. 160). The section of the Crown's closing address to the jury dealing with intention took up a full eight pages of transcript in total.

[96] Ces propos n'invitaient pas expressément le jury à tenir compte de la fuite même relativement à l'intention. Au pire, le jury a reçu des directives qui n'étaient pas d'une clarté idéale quant aux éléments qu'il pouvait prendre en considération pour trancher la question de l'intention. Puisque le ministère public n'a jamais mis en cause la fuite même, et que le juge du procès a bien résumé la thèse du ministère public à cet égard, l'incidence de cette erreur sur le jury ne peut être qualifiée que de négligeable et d'insignifiante. Le jury ne risquait pas sérieusement d'être amené à considérer la fuite même comme pertinente pour déterminer si M. White avait l'intention requise pour commettre un meurtre au deuxième degré.

[97] Dans *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, le juge en chef Lamer a signalé, au sujet des erreurs dans l'exposé du juge du procès au jury, que « l'accusé a droit à ce que le jury reçoive des directives appropriées. Il n'existe toutefois aucune obligation que les directives au jury soient parfaites » (par. 2 (soulignement dans l'original)). Si les directives en l'espèce n'étaient pas parfaites, elles étaient assurément adéquates pour accomplir ce qui devait être accompli. Vu sa nature, la prétendue erreur n'aurait vraisemblablement pas influé sur les délibérations du jury. Ainsi, même en supposant que le juge du procès a commis une erreur, il s'agissait, pour reprendre les termes du juge LeBel, d'une erreur « manifestement dépourvue d'un effet préjudiciable » (*Van*, par. 35).

[98] De surcroît, dans le contexte global de l'affaire, la formulation imparfaite des directives du juge du procès sur la preuve que M. White avait fui sans hésiter ne pouvait avoir qu'un effet très minime. Bien qu'elle ait été pertinente et laissée à juste titre à l'examen du jury, cette preuve n'était absolument pas un élément primordial de la thèse du ministère public concernant le degré de culpabilité et la *mens rea*. Soit dit en toute déférence, le dossier n'appuie pas l'opinion du juge Binnie selon laquelle il s'agissait « d'un élément important de la plaidoirie adressée au jury par le ministère public et des directives finales du juge du procès » sur l'intention de commettre un meurtre (par. 160). La partie de la plaidoirie finale adressée par le ministère

Of this, only the following six lines of transcript dealt with Mr. White's hesitation before flight:

Note as well that the accused ran immediately after the shooting. There is no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part, just immediate flight. One would expect hesitancy if the shot was anything other than the intended action of Dennis White. [A.R., at p. 563]

This was the Crown's only mention of Mr. White's post-offence conduct in relation to intent.

[99] Furthermore, in charging the jury, the trial judge briefly mentioned the Crown's reference to Mr. White's flight as going to identity, which had by that time already been conceded by the defence. Then the trial judge referred to the evidence of flight once more, in a manner that reflected how peripheral the evidence was to the Crown's overall case, which I repeat here for ease of reference:

The Crown submits that what is most compelling is the forensic evidence. It submits that the location of the bullet fragments is significant and suggests that Mr. Matasi could not have been standing up because with the elevation drop, a bullet shot north, when passing through Mr. Matasi's body would have ended up not on the ground but in a building somewhere on Water Street. The Crown lastly noted that the accused ran away with no apparent hesitation or confusion, which suggests that what happened is what he intended to happen. This, the Crown suggested, indicates intention by one of the two ways possible for murder. [Emphasis added.]

Thus, the Crown's reliance on Mr. White's hesitation prior to flight in making its case for second degree murder, as well as the trial judge's treatment of the flight issue in his summary of Crown's arguments, were far from taking on a central importance.

public au jury qui concernait l'intention occupait au total huit pages complètes de la transcription. Seul le passage suivant, qui n'occupe que six lignes sur ces huit pages, traitait de l'hésitation de M. White avant sa fuite :

[TRADUCTION] Notez également que l'accusé s'est enfui tout de suite après le coup de feu. Il a fui sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis, juste fui sur-le-champ. On se serait attendu à ce que Dennis White hésite si le coup de feu n'avait pas été intentionnel. [d.a., p. 563]

C'est la seule fois où le ministère public a mentionné le comportement de M. White après l'infraction en corrélation avec la question de l'intention.

[99] De plus, dans son exposé au jury, le juge du procès a mentionné brièvement que le ministère public a relié la fuite de M. White à l'identité de l'auteur du coup de feu, alors déjà concédée par la défense. Le juge du procès a parlé une autre fois de la preuve relative à la fuite, en des termes qui démontrent à quel point cette preuve était accessoire par rapport à l'ensemble de la preuve du ministère public. Je reproduis ici ses propos, par souci de commodité :

[TRADUCTION] Le ministère public prétend que la preuve la plus convaincante est la preuve criminalistique. Selon lui, l'emplacement des fragments de balle est significatif et indique que M. Matasi ne pouvait pas se tenir debout parce que, vu la dénivellation, une balle tirée vers le nord aurait terminé sa course non pas sur le sol, mais dans un immeuble de la rue Water après avoir traversé le corps de M. Matasi. Le ministère public a finalement indiqué que l'accusé s'était enfui sans hésitation ou confusion apparentes, ce qui donne à croire qu'il voulait réellement que les événements qui se sont produits se produisent. Selon le ministère public, cela indique de l'une des deux manières possibles qu'il avait l'intention requise pour être déclaré coupable de meurtre. [Je souligne.]

En conséquence, le fait que le ministère public ait utilisé l'absence d'hésitation de M. White avant sa fuite pour prouver qu'il s'agissait d'un meurtre au deuxième degré et la manière dont le juge du procès a parlé de la fuite dans son résumé de la thèse du ministère public ne revêtaient pas du tout une importance primordiale.

[100] Instead, what was central to the Crown's case on the issue of *mens rea* was forensic evidence and eyewitness testimony of Mr. White's conduct prior to and during his commission of the offence. I solely review this evidence here to demonstrate how minor a role the issue of post-offence conduct was in the context of the case as a whole.

[101] Much of the Crown's case was devoted to refuting the theory of accidental discharge. Evidence of Mr. White's lack of hesitation prior to flight was only a very minor part of that case. More important were the numerous other items of evidence including: eyewitness testimony of Mr. White's pre-offence bravado and dexterity in handling the gun; forensic firearms evidence that the Glock firearm in this case had various safety features to prevent it from firing accidentally; expert testimony that the only way to make this gun fire is to pull the trigger using five and a half pounds of pressure, which an expert likened to lifting a two litre jug of milk with one's finger; forensic evidence that the angle at which the bullet entered the victim's chest suggested that Mr. White had fired the gun down at the seated victim; Mr. McRitchie's testimony that he saw Mr. White towering over the victim and holding him down by his shirt immediately prior to hearing the fatal gunshot; admissions from witnesses whose testimony supported the defence's version of events to the effect that they had not seen Mr. White and the victim struggling at the moment of the fatal gunshot, that many had been drinking and that some were quite intoxicated.

[102] In light of the case as a whole, the evidence of post-offence conduct was of minor importance. Therefore, though I do not consider there was any error in the trial judge's instruction, if there was, it should be saved by the s. 686(1) curative proviso:

[100] La preuve criminalistique et la déposition des témoins oculaires au sujet du comportement de M. White avant l'infraction et au moment de l'infraction jouaient en revanche un rôle primordial dans la preuve du ministère public sur la question de la *mens rea*. Je vais maintenant analyser cette preuve uniquement dans le but de démontrer l'importance minimale du comportement postérieur à l'infraction dans le contexte global de l'affaire.

[101] Une grande partie de la preuve du ministère public visait à réfuter la thèse du coup de feu accidentel. La preuve que M. White n'a pas hésité avant de fuir n'était qu'un élément très mineur de la preuve. Les nombreux autres éléments de preuve revêtaient plus d'importance. Ce sont, notamment : la déposition des témoins oculaires à propos de l'attitude de matamore et de la dextérité dont a fait preuve M. White en maniant le pistolet avant l'infraction; la preuve criminalistique que le pistolet Glock en l'espèce était muni de différents dispositifs de sécurité l'empêchant de se décharger accidentellement; le témoignage d'expert selon lequel il faut appliquer une pression de cinq livres et demie sur la détente pour tirer avec cette arme à feu, ce qu'un expert a comparé au fait de lever un pot de deux litres de lait avec un doigt; la preuve criminalistique montrant que, d'après l'angle auquel la balle a pénétré la poitrine de la victime, M. White a tiré vers le bas sur la victime qui était en position assise; le témoignage de M. McRitchie selon lequel, juste avant d'entendre le coup de feu fatal, il a vu M. White se tenir au-dessus de la victime et la maintenir au sol par la chemise; le fait que des témoins dont la déposition confirmait la version des faits de la défense ont avoué ne pas avoir vu M. White et la victime lutter corps à corps au moment du coup de feu fatal, que beaucoup d'entre eux avaient bu et que certains étaient dans un état d'ébriété avancé.

[102] À la lumière du dossier dans son ensemble, la preuve du comportement postérieur à l'infraction revêtait peu d'importance. Par conséquent, bien que je ne décèle aucune erreur dans les directives du juge du procès, j'estime que, si elles comportaient

it was harmless on its face and it affected only a minor aspect of the case.

## V. Conclusion

[103] In light of the forgoing, I would dismiss the appeal.

The reasons of Deschamps and Charron JJ. were delivered by

CHARRON J. —

### 1. Introduction

[104] I have considered the reasons of Binnie J. and I am in substantial agreement with his analysis on the law concerning the use that may be made of evidence of post-offence conduct. However, I disagree with the significance he attaches to Crown counsel's reference in his closing address to the fact that Mr. White immediately fled the scene with "no hesitation here, no shock, no uncertainty". As I will explain, when considered in context, this comment could only have been understood by the jury as a rhetorical observation by Crown counsel that there was no evidence to support the defence theory that the gun had gone off accidentally. I therefore agree with Rothstein J. that there is no reason to interfere with the jury's verdict. I come to this conclusion, however, by a different route. I will begin with a brief discussion of the points I share in common with Binnie J. before discussing in detail the points on which I diverge.

[105] I agree with Binnie J. that evidence of post-offence conduct is not subject to any special rule. As Binnie J. stresses, it is definitely wrong to suggest that evidence of anything said or done by an accused after the commission of an offence gives rise to special rules of admissibility, or that it is

une erreur, il y aurait lieu d'y remédier par l'application de la disposition réparatrice du par. 686(1) : il s'agirait d'une erreur inoffensive à première vue, qui ne toucherait qu'un aspect mineur de l'affaire.

## V. Conclusion

[103] Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Deschamps et Charron rendus par

LA JUGE CHARRON —

### 1. Introduction

[104] J'ai pris connaissance des motifs du juge Binnie et je souscris pour l'essentiel à son analyse des règles de droit concernant l'utilisation qui peut être faite de la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction. Je ne suis cependant pas d'accord avec l'importance qu'il accorde à la remarque que l'avocat du ministère public a faite dans sa plaidoirie finale, suivant laquelle M. White avait quitté immédiatement les lieux [TRADUCTION] « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis ». Comme je vais l'expliquer, lorsqu'on la situe dans son contexte, cette remarque ne pouvait être interprétée par le jury que comme une observation rhétorique de l'avocat du ministère public suivant laquelle aucun élément de preuve n'étayait la thèse du coup de feu accidentel proposée par la défense. Je suis donc d'accord avec le juge Rothstein pour dire qu'il n'y a pas lieu de modifier le verdict du jury. J'en arrive toutefois à cette conclusion par un chemin différent. Je vais commencer par une brève discussion des points au sujet desquels je partage l'avis du juge Binnie avant d'analyser en détail ceux sur lesquels je diverge d'opinion.

[105] À l'instar du juge Binnie, j'estime que la preuve du comportement postérieur à l'infraction n'est assujettie à aucune règle spéciale. Comme le juge Binnie le souligne, c'est nettement une erreur que de supposer que la preuve de ce que l'accusé a pu dire ou faire après la perpétration de l'infraction

subject to special warnings as to what use may be made of it by the trier of fact. As he aptly puts it:

The general rule is now, as in the past, that it is for the jury to decide, on the basis of the evidence as a whole, whether the post-offence conduct put in evidence against the accused is related to the commission of the crime before them rather than to something else, and if so, how much weight, if any, such evidence should be accorded in the final determination of guilt or innocence. For the trial judge to interfere in that process will in most cases constitute a usurpation of the jury's exclusive fact-finding role. [para. 137]

[106] I also agree with Binnie J. that judicial experience has taught us that in some cases jurors have found certain types of evidence more persuasive than warranted, thus making it necessary in appropriate cases to caution the jury accordingly. As he notes, eyewitness identification and jailhouse confessions to police informants are examples that readily come to mind. Likewise, some evidence of post-offence conduct may seem quite suggestive of guilt though, in reality, the conduct is essentially equivocal in nature. For example, evidence that an accused lied to the police about the offence in question may lead jurors to leap too quickly to infer guilt without considering other reasons why he or she may have lied. A special caution may therefore be required. In some situations, the probative value of the evidence may be slight and far outweighed by its prejudicial effect, in which case it may be best to remove it from the jury's consideration altogether. My colleague Rothstein J. explains how these general principles call for a case-by-case assessment.

[107] Further, I agree with Binnie J. that inferences drawn by a witness, based on his or her observation of the accused's demeanour, may well call for a special caution or be subject to an exclusion

est assujettie à des règles d'admissibilité spéciales ou justifie une mise en garde particulière quant à l'utilisation que le juge des faits peut en faire. Comme il le dit si bien :

La règle générale demeure qu'il appartient aux jurés de décider, eu égard à l'ensemble de la preuve, si le comportement postérieur à l'infraction utilisé en preuve contre l'accusé est lié à la perpétration du crime dont il est question, plutôt qu'à autre chose. Le cas échéant, c'est au jury qu'il incombe de déterminer le poids à accorder à cette preuve pour rendre ultimement un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité. Dans la plupart des cas, le juge du procès qui s'immisce dans ce processus usurpe le rôle du juge des faits, dévolu exclusivement au jury. [par. 137]

[106] Je partage également l'avis du juge Binnie selon lequel l'expérience a démontré que, dans certaines instances, les jurés attribuent une force probante injustifiée à certains types d'éléments de preuve, de sorte qu'ils doivent, au besoin, être mis en garde en conséquence. Ainsi qu'il le souligne, l'identification par un témoin oculaire et les aveux faits en prison à des indicateurs de police sont des exemples qui viennent spontanément à l'esprit. De même, il se peut que certains éléments de preuve portant sur le comportement postérieur à l'infraction semblent tendre à établir la culpabilité, alors qu'il s'agit, en réalité, d'un comportement essentiellement équivoque par définition. Ainsi, la preuve indiquant que l'accusé a menti à la police au sujet de l'infraction peut amener les jurés à conclure trop hâtivement à sa culpabilité, sans tenir compte des autres raisons pour lesquelles il a peut-être menti. Une mise en garde particulière peut ainsi s'avérer nécessaire. Il peut arriver que, dans certaines situations, la valeur probante de la preuve soit bien mince et largement contrebalancée par son effet préjudiciable, de sorte qu'il est préférable de la soustraire complètement à l'appréciation du jury. Mon collègue le juge Rothstein explique comment ces principes généraux commandent une évaluation au cas par cas.

[107] J'estime en outre, comme le juge Binnie, que les conclusions tirées par un témoin à partir de sa propre observation de l'attitude de l'accusé peuvent fort bien appeler une mise en garde particulière ou

order in accordance with these principles. By way of example, Binnie J. recalls the infamous prosecutions of Susan Nelles and Guy Paul Morin for crimes they did not commit. He rightly notes that the case against each was built in part on inferences of guilt drawn from equivocal post-offence conduct. For example, one witness testified that Ms. Nelles had a “very strange expression on her face and no sign at all of grief” following the death of the fourth baby (*R. v. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97 (Ont. Prov. Ct. (Crim. Div.)), at p. 124). In the case of Guy Paul Morin, police witnesses drew a negative inference of guilt, for example, from the fact that Mr. Morin came out to greet them rather than wait for them to reach his door. In his report on the wrongful conviction of Mr. Morin, Commissioner Kaufman found that this was an innocuous event which only became “coloured” by the officers’ own perceptions of Mr. Morin (the Honourable Fred Kaufman, *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (1998), at p. 786).

[108] However, I disagree with Binnie J. that Crown counsel’s reference in his closing address to the fact that Mr. White immediately fled the scene with “no hesitation here, no shock, no uncertainty” falls in this category of cases. In my view, the Crown did not invite the jury to draw an impermissible inference of guilt, as contended by Mr. White. As I will explain, when read in the context of the evidence and issues at trial, Crown counsel’s comment could only have been understood by the jury as a rhetorical argument that no evidence supported the defence theory of accidental discharge of the firearm. The failure of defence counsel to raise any issue at trial regarding Crown counsel’s closing address or the trial judge’s instructions on the evidence of flight further supports this interpretation.

faire l’objet d’une ordonnance d’exclusion conformément à ces principes. À titre d’exemple, le juge Binnie rappelle les procès tristement célèbres de Susan Nelles et de Guy Paul Morin, tous deux poursuivis pour des crimes qu’ils n’avaient pas commis. Il signale à juste titre que la preuve faite contre chacune de ces deux personnes reposait en partie sur des inférences de culpabilité tirées de leur comportement équivoque après l’infraction. Ainsi, un témoin a déclaré avoir vu, sur le visage de M<sup>me</sup> Nelles, [TRADUCTION] « une expression très étrange et aucun signe d’affliction » à la suite du décès du quatrième bébé (*R. c. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97 (C. prov. Ont. (Div. crim.)), p. 124). Dans l’affaire de Guy Paul Morin, des témoins de la police avaient tiré une conclusion défavorable de culpabilité du fait, par exemple, que M. Morin était venu à leur rencontre au lieu d’attendre qu’ils se présentent à sa porte. Dans le rapport qu’il a rédigé au sujet de la condamnation injustifiée de Guy Paul Morin, le commissaire Kaufman a estimé qu’il s’agissait là d’un fait anodin qui n’était devenu incriminant qu’en raison de la perception personnelle que les policiers avaient de M. Morin (l’honorable Fred Kaufman, *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin : Rapport* (1998), p. 910-911).

[108] En revanche, contrairement au juge Binnie, je ne pense pas que la présente espèce entre dans la même catégorie parce que l’avocat du ministère public a mentionné, dans sa plaidoirie finale, que M. White avait quitté immédiatement les lieux [TRADUCTION] « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis ». À mon avis, le ministère public n’a pas invité ainsi le jury à tirer une conclusion de culpabilité injustifiée, comme le prétend M. White. J’expliquerai plus loin que cette remarque, interprétée dans le contexte de la preuve et des questions en litige au procès, devait forcément être perçue par le jury comme une observation rhétorique de l’avocat du ministère public suivant laquelle aucun élément de preuve n’étayait la thèse du coup de feu accidentel proposée par la défense. Le défaut de l’avocat de la défense de soulever quelque question que ce soit au procès, au sujet de la plaidoirie finale de l’avocat du ministère public ou des instructions du juge du procès concernant la preuve de la fuite, appuie cette interprétation.

[109] With respect, I also find no support in the record for the contention, accepted by Binnie J., that this case is essentially a rerun of *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129. In *Arcangioli*, the accused admitted to participating in the culpable event and the only issue at trial was his level of culpability. Conversely, as I will explain, the identity of the shooter was a very live issue in Mr. White's trial and the evidence of flight was highly relevant to the issue of identification. Further, it formed an inextricable part of the narrative as every witness to the event described the shooter, gun in hand, fleeing the scene. Therefore the evidence was admissible at trial and properly left for the jury's assessment. It is not open to Mr. White on appeal to rewrite the script of his trial. In addition, on the question of intention, the trial judge took care to instruct the jury that they should "be careful with" this evidence, as it may not tell them "much more than that for any number of reasons he would be in some kind of trouble if he stayed at the scene and it may not be of much assistance in assessing his precise state of mind at the time the gun was fired" (A.R., at p. 606). In the context of this trial, no more was required.

[110] I thus agree with Rothstein J. that there is no reason to interfere with the jury's verdict. I come to this conclusion, however, by following a somewhat different route.

## 2. The Proceedings Below

[111] Binnie J. has summarized the facts related to the fatal shooting. There is no need to repeat those facts here. However, in light of the conclusion I reach, I find it necessary to describe what transpired at trial in some detail.

[112] It was the Crown's position at trial that Mr. White was the shooter, that he intentionally shot Mr. Matasi in the chest, and that he should be found guilty of second degree murder. The Crown's case included the eyewitness evidence of the three young

[109] En toute déférence, j'estime par ailleurs que le dossier n'offre aucun fondement à l'argument, retenu par le juge Binnie, suivant lequel la présente espèce est essentiellement identique à l'affaire *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129. Dans l'affaire *Arcangioli*, l'accusé avait admis avoir participé aux faits incriminés et la seule question en litige au procès était son degré de culpabilité. À l'opposé, comme je l'expliquerai, l'identité de l'auteur du coup de feu était au cœur du débat lors du procès de M. White et la preuve de sa fuite était très pertinente quant à la question de l'identification. Il s'agissait par ailleurs d'une partie inextricable du récit des faits, car chacun des témoins de l'incident avait mentionné que le tueur s'était enfui, un pistolet à la main. La preuve était donc admissible au procès et a été soumise à bon droit à l'appréciation du jury. M. White ne peut, en appel, récrire à son gré le scénario de son procès. De plus, en ce qui a trait à l'intention, le juge du procès a pris soin d'expliquer aux jurés qu'ils devaient utiliser la preuve de la fuite de M. White [TRADUCTION] « avec prudence », car il se peut « qu'elle ne démontre rien de plus que, pour différentes raisons, l'appelant aurait eu des ennuis s'il était resté sur les lieux et il se peut qu'elle ne soit pas très utile pour évaluer son état d'esprit précis au moment où le coup de feu a été tiré » (d.a., p. 606). Dans le contexte du présent procès, cela suffisait.

[110] Je suis par conséquent d'accord avec le juge Rothstein pour dire qu'il n'existe aucun motif de modifier le verdict du jury. J'arrive toutefois à cette conclusion par un chemin un peu différent.

## 2. Les juridictions inférieures

[111] Le juge Binnie a résumé les faits relatifs au coup de feu mortel. Il n'est pas nécessaire de les répéter ici. Toutefois, vu la conclusion à laquelle j'arrive, j'estime nécessaire de relater en détail ce qui s'est passé au procès.

[112] Au procès, le ministère public a fait valoir que M. White était l'auteur du coup de feu, qu'il avait intentionnellement atteint M. Matasi à la poitrine et qu'il devait être reconnu coupable de meurtre au deuxième degré. Pour prouver ces allégations,



men who were with Mr. Matasi on the street corner, the young men who were in the company of Mr. White, and others who had witnessed part of the events leading up to or immediately following the shooting. Many of the witnesses had been drinking on the night in question, some of them quite heavily. Although their accounts differed in some respects and there were discrepancies between their trial testimony and previous statements, they were generally consistent in describing the deceased and one other person as being involved in a close physical altercation just prior to the fatal shot being fired. The witnesses were also consistent in testifying that the shooter immediately fled the scene, gun in hand.

[113] It is important to note that throughout the Crown's case, the identity of the shooter was a very live issue. In addition to eliciting details about what each witness had observed about the scuffle, much of the Crown's direct examination of the witnesses was spent on the question of identification. Some witnesses knew Mr. White before the evening in question and could readily identify him as the person they had seen involved in the scuffle. Other witnesses who did not know Mr. White were asked to provide as much detail as they could about the physical appearance of the person they saw on the fateful evening. In addition, those witnesses who had been shown a police photo line-up were asked details about their participation in that procedure. In cross-examination, defence counsel challenged the accuracy and reliability of each witness's testimony, not only about what they had observed happening, but also concerning the identity of the shooter. The defence called no evidence. The defence strategy that developed during the course of the trial consisted of challenging the reliability of the Crown's evidence arguing that, in the end analysis, the most that could be established was that the gun had somehow discharged unintentionally during the course of the struggle.

le ministère public a notamment fait entendre des témoins oculaires, en l'occurrence les trois jeunes hommes qui se trouvaient avec M. Matasi au coin de la rue, les jeunes hommes qui accompagnaient M. White et les autres personnes qui ont été témoins de certains des faits avant ou immédiatement après le coup de feu. Bon nombre des témoins avaient bu ce soir-là et certains avaient consommé beaucoup d'alcool. Bien que leur version des faits diffère à certains égards et que des discordances aient été relevées entre leur témoignage au procès et leurs déclarations antérieures, leurs descriptions de la victime et de l'individu qui luttaient corps à corps juste avant le coup de feu mortel concordent de façon générale. Leurs témoignages concordent aussi sur le fait que l'auteur du coup de feu a quitté les lieux sur-le-champ, un pistolet à la main.

[113] Il importe de signaler que la question de l'identité de l'auteur du coup de feu était au cœur de la preuve présentée par le ministère public tout au long du procès. En plus d'obtenir des détails au sujet de ce que chacun des témoins avait observé au sujet de l'échauffourée, une grande partie de l'interrogatoire direct auquel le ministère public a soumis les témoins a été consacrée à la question de l'identification. Certains des témoins connaissaient M. White avant le soir en question et ont pu l'identifier aisément comme la personne qu'ils avaient vue impliquée dans l'empoignade. D'autres témoins qui ne connaissaient pas M. White ont été invités à fournir autant de détails que possible sur l'apparence physique de l'individu qu'ils avaient vu le soir de la tragédie. On a en outre demandé des précisions à des témoins sur leur participation à une séance de reconnaissance de photos. En contre-interrogatoire, l'avocat de la défense a contesté l'exactitude et la fiabilité du témoignage de chacun des témoins, en ce qui a trait non seulement aux faits qu'ils avaient observés, mais aussi à l'identité du tireur. La défense n'a pas présenté de preuve. La stratégie déployée par la défense au cours du procès consistait à attaquer la fiabilité de la preuve à charge en faisant valoir qu'en dernière analyse le ministère public pouvait tout au plus établir qu'un coup de feu avait été tiré accidentellement, on ne sait comment, au cours de l'empoignade.

[114] I stress the fact that identification was a live issue throughout the presentation of the evidence as it is clear on reviewing the record that the evidence of flight was properly introduced for the purpose of establishing the identity of the shooter. The evidence of flight also formed an inextricable part of the narrative: every witness to the event testified that the killer, gun in hand, immediately ran away after the fatal shot was fired. Further, to the extent that the evidence of flight established that *Mr. White* was the person who fled the scene, the evidence was highly probative of the issue of identification. Indeed, the record reveals that it was the evidence of flight that ultimately sealed *Mr. White's* fate on the issue of identity. Crown counsel (who addressed the jury first before there was any suggestion from the defence that *Mr. White's* involvement in the altercation may be conceded) effectively marshalled this evidence in his closing address, suggesting to the jury that they would “have little difficulty in coming to the conclusion, beyond a reasonable doubt, that Dennis White is the person who fired the shot that killed Lee Matasi” (A.R., at p. 555). After referring to the direct eyewitness identification evidence, Crown counsel summarized the flight evidence as follows:

You will recall that some of Lee Matasi's friends chased after the fleeing person. You will recall that that person went past John Vandanya [*sic*] and then Chris Price in the café. He was carrying the gun. You have the route taken by the gunman, from the evidence, up Richards to Pender, right on Pender and then left on Seymour, where, you will recall, that Michael Fyfe and Jesse DeChamplain [phonetic], chasing *Mr. White*, were stopped by Sergeant Mitchell.

You know that the entrance to the laneway on Seymour Street, just off Pender, leads to the laneway running south to Dunsmuir Street, and you have the laneway video images under Exhibit 11 DVD IA06, of the person running east on the Pender lane and curving to the right to go south into the laneway leading to Dunsmuir. And again, images of him, from the

[114] J'insiste sur le fait que la question de l'identification est demeurée au cœur du débat tout au long de la présentation de la preuve, car il ressort du dossier que les témoignages relatifs à la fuite ont été présentés régulièrement en vue d'établir l'identité de l'auteur du coup de feu. La preuve relative à la fuite faisait aussi inextricablement partie du récit des faits, chacun des témoins de l'événement ayant affirmé que le tueur s'était enfui immédiatement après le coup de feu mortel, un pistolet à la main. De plus, dans la mesure où la preuve relative à la fuite établissait que *M. White* était la personne qui s'était enfuie, elle avait une force probante considérable en ce qui concerne la question de l'identification. C'est effectivement la preuve relative à sa fuite qui a, tout compte fait, scellé le sort de *M. White* en ce qui concerne la question de l'identité. L'avocat du ministère public — qui s'est adressé au jury avant que la défense ne laisse entendre que l'implication de *M. White* dans l'altercation pouvait être concédée — a en effet rassemblé ces éléments de preuve dans sa plaidoirie finale et dit aux jurés qu'ils auraient [TRADUCTION] « peu de mal à conclure, au-delà de tout doute raisonnable, que Dennis White est la personne qui a tiré le coup de feu qui a tué Lee Matasi » (d.a., p. 555). Après avoir fait référence aux témoignages des témoins oculaires au sujet de l'identification, l'avocat du ministère public a résumé comme suit la preuve relative à la fuite :

[TRADUCTION] Vous vous souvenez que certains des amis de Lee Matasi se sont lancés à la poursuite du fuyard. Vous vous souvenez que ce dernier est passé devant John Vandanya [*sic*] puis devant Chris Price, au café. Il était armé du pistolet. La preuve a révélé le parcours emprunté par le tireur : il a remonté la rue Richards jusqu'à la rue Pender, a tourné à droite sur Pender, puis à gauche sur Seymour, où, vous vous souviendrez, Michael Fyfe et Jesse DeChamplain [phonétique], qui pourchassaient *M. White*, ont été arrêtés par le sergent Mitchell.

Vous savez que l'accès à la ruelle de la rue Seymour, près de la rue Pender, mène à la ruelle qui débouche sur la rue Dunsmuir, au sud, et vous avez les images vidéo de la ruelle sous la cote 11 DVD IA06, de l'individu qui court en direction est dans la ruelle Pender et qui prend la ruelle à droite vers le sud en direction de la rue Dunsmuir. Et là encore, des images de lui, dans

Dunsmuir stretch of alleyway, carrying, in his right hand, what I suggest to you is the gun, as he runs towards Dunsmuir, and in a moment, his encounter with Constables MacLean [phonetic] and Tellabanyen [phonetic]. You have the admission that Dennis White is the person they arrested. He is the person who dropped the firearm that killed Lee Matasi into a dumpster.

The above, I suggest, can leave you with certainty that Dennis White was the person who shot Lee Matasi that night. As one would expect, in witnessing this traumatic event, some of the witnesses were not able to recognize the accused. Nothing, given the other evidence, turns on this. [A.R., pp. 555-56]

[115] Defence counsel commenced his final address by saying: “There is no question in this case that our client has committed a crime” (A.R., at p. 564), but made no formal admission that Mr. White was the shooter. The trial judge therefore sought direction from defence counsel on how he should charge the jury on the question of identification. Counsel indicated that the defence did *not* concede identification and agreed with Crown counsel that the trial judge should instruct the jury on identification, but could tell them that they probably would not have much difficulty on that issue (A.R., at p. 582).

[116] Neither at trial nor on appeal did Mr. White complain about the evidence of flight or the use to which it was put in proving that he was the shooter, nor could any such complaint have been sustained. This appeal is focussed, rather, on a *comment* made by Crown counsel, at the conclusion of his address to the jury, about the fact that there was no evidence showing that Mr. White hesitated before leaving the scene of the shooting. After reviewing at some length the evidence the prosecution relied upon to prove a murderous intent, Crown counsel concluded with the following:

Note as well that the accused ran immediately after the shooting. There is no hesitation here, no shock, no

le prolongement de la ruelle vers la rue Dunsmuir, portant, dans la main droite, ce qui selon moi est le pistolet, alors qu’il court vers la rue Dunsmuir et, tout de suite après, sa rencontre avec les agents MacLean [phonétique] et Tellabanyen [phonétique]. Vous avez l’aveu suivant lequel Dennis White est la personne qu’ils ont arrêtée. C’est bien lui qui a jeté dans une benne à rebuts l’arme à feu qui a tué Lee Matasi.

Je crois que ce qui précède vous permet de conclure avec certitude que Dennis White est la personne qui a abattu Lee Matasi ce soir-là. Comme on pouvait s’y attendre, certaines des personnes qui ont été témoins du drame n’ont pas été en mesure de reconnaître l’accusé, ce qui, vu le reste de la preuve, ne tire pas à conséquence. [d.a., p. 555-556]

[115] L’avocat de la défense a commencé sa plaidoirie finale en déclarant : [TRADUCTION] « Il n’est pas contesté dans la présente affaire que notre client a commis un crime » (d.a., p. 564), mais il n’est pas allé jusqu’à admettre formellement que M. White était l’auteur du coup de feu. Le juge du procès a par conséquent demandé à l’avocat de la défense de lui indiquer quelles directives il devait donner au jury sur la question de l’identification. L’avocat de la défense a expliqué qu’il ne concédait *rien* au sujet de l’identification et qu’il était d’accord avec l’avocat du ministère public pour dire que le juge du procès devait donner des directives aux jurés sur la question de l’identification, mais qu’il pouvait leur dire qu’ils n’auraient probablement pas beaucoup de mal à la trancher (d.a., p. 582).

[116] M. White ne s’est plaint, ni lors du procès ni lors de l’appel, de la preuve relative à la fuite ou de l’utilisation qui en a été faite pour établir qu’il était l’auteur du coup de feu, et pareille objection n’aurait d’ailleurs pas pu être justifiée. Le présent appel est plutôt axé sur un *commentaire* que l’avocat du ministère public a fait à la fin de son exposé au jury, sur le fait qu’aucun élément de preuve ne tendait à démontrer que M. White avait hésité avant de quitter les lieux après le coup de feu. Après avoir examiné en détail la preuve sur laquelle la poursuite se fondait pour prouver l’intention de commettre un meurtre, l’avocat du ministère public a conclu son exposé par les paroles suivantes :

[TRADUCTION] Notez également que l’accusé s’est enfui tout de suite après le coup de feu. Il a fui sans

uncertainty on his part, just immediate flight. One would expect hesitancy if the shot was anything other than the intended action of Dennis White.

If you accept that Lee Matasi was shot in this fashion, you will conclude that the accused murdered Lee Matasi by either of the two avenues described. I suggest that the evidence affords no other conclusions. There is no evidence or reasonable view of the evidence that can lead you to any lesser culpability than murder. Thank you. [Emphasis added; A.R., at p. 563.]

[117] Counsel for Mr. White in his closing address did not respond to this final argument by the Crown on the lack of hesitation, shock or uncertainty. Nor did he mention it during the pre-charge discussion that followed, although he was specifically asked by the trial judge: “Do either of you, to begin with, have any concerns about what the other said yesterday?” (A.R., at p. 580). Indeed, neither counsel suggested in the pre-charge conferences with the trial judge that any special warning or instruction be given at all concerning the evidence of flight. Only before the Court of Appeal was the argument first advanced by Mr. White that Crown counsel, by this remark, improperly invited the jury to make an impermissible inference of guilt from the evidence of flight to convict him of murder instead of manslaughter.

[118] In order to appreciate the potential impact of Crown counsel’s comment on the jury, it is necessary to put it in the context of the entirety of the Crown’s submissions on the question of intention and the evidence at trial. As I will explain, the reference to the lack of hesitation, shock or uncertainty in the evidence played a peripheral role in the Crown’s theory on intention.

[119] In support of its theory that Mr. White intentionally shot Mr. Matasi with the requisite intention to kill him, the Crown first addressed the

hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis, juste fui sur-le-champ. On se serait attendu à ce que Dennis White hésite si le coup de feu n’avait pas été intentionnel.

Si vous acceptez que Lee Matasi a été abattu de cette façon, vous allez conclure que l’accusé a commis un meurtre en tuant Lee Matasi, de l’une ou l’autre des deux façons décrites. J’estime que la preuve ne permet de tirer aucune autre conclusion. Il n’y a aucun élément de preuve ni aucune interprétation raisonnable de la preuve qui puisse vous conduire à le déclarer coupable d’un crime moindre que le meurtre. Je vous remercie. [Je souligne; d.a., p. 563.]

[117] Dans sa plaidoirie finale, l’avocat de M. White n’a pas réagi à cet argument final du ministère public sur l’absence d’hésitation et de tout signe de bouleversement ou d’indécision. Il n’en a pas fait mention non plus dans le débat ultérieur qui a eu lieu avant que le juge donne ses directives au jury, et ce, même si le juge du procès a explicitement demandé : [TRADUCTION] « Avant d’aller plus loin, est-ce que l’un d’entre vous a des réserves au sujet de ce que l’autre a dit hier? » (d.a., p. 580). En fait, lorsque le juge du procès s’est entretenu avec les avocats avant de donner ses directives au jury, aucun d’eux n’a demandé qu’une mise en garde ou des directives particulières lui soient données au sujet de la preuve relative à la fuite. Ce n’est que devant la Cour d’appel que M. White a, pour la première fois, avancé l’argument que, par cette remarque, l’avocat du ministère public avait invité à tort le jury à tirer une conclusion injustifiée à partir de la preuve relative à la fuite pour le déclarer coupable de meurtre plutôt que d’homicide involontaire coupable.

[118] Pour bien comprendre l’incidence que ce commentaire de l’avocat du ministère public a pu avoir sur le jury, il faut le situer dans le contexte de l’ensemble des arguments formulés par le ministère public sur la question de l’intention et de la preuve présentée au procès. Ainsi que je vais l’expliquer, la mention dans la preuve du fait que l’accusé a fui sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis a joué un rôle accessoire dans la thèse du ministère public concernant l’intention.

[119] À l’appui de sa thèse selon laquelle M. White avait intentionnellement fait feu sur M. Matasi avec l’intention requise de le tuer, le ministère public a

jury on the evidence of motive, explaining to them that while it was not necessary for the Crown to prove a motive for the offence “it is helpful to have some sense of why something happened” (A.R., at p. 556). Crown counsel reviewed the evidence in some detail about Mr. White’s behaviour earlier in the evening which suggested that he “wanted to be a big man, and to show others that he was a big man” (*ibid.*). This evidence culminated in Mr. White showing off his gun and, in response to someone expressing the view that it was a fake, firing it, “again, to impress” (*ibid.*), the Crown suggested. The Crown then put it to the jury that when Mr. Matasi, in front of others, “disseed” Mr. White, showed him disrespect, called him down, told him that having a gun was not cool, Mr. White “couldn’t back down; he was the big man with the gun” (A.R., at p. 557). Crown counsel went on to describe how the evidence showed that the struggle ended with Mr. White intentionally shooting Mr. Matasi in anger.

[120] Crown counsel then reviewed the forensic evidence which, he argued, rebutted any suggestion that the gun could have accidentally discharged. This included evidence that five and a half pounds of pressure was required to fire the gun, and that the manner in which the gun was loaded and reloaded required some knowledge and dexterity. Crown counsel also placed much reliance on the “compelling” testimony of Dale McRitchie, the manager of a nearby nightclub who had observed part of the altercation. The Crown stressed that, unlike many of the other witnesses, this witness was not under the influence of alcohol when he observed the altercation; nor was he involved with either party. Mr. McRitchie’s testimony was reviewed in some detail. In essence, he testified that upon hearing a gunshot, he stepped outside his nightclub and saw the victim on the ground with Mr. White, anger in his face, holding the victim by his shirtfront and pointing a gun down at him. Mr. McRitchie then heard the word “bitch”,

d’abord parlé aux jurés de la preuve du mobile, en leur expliquant que, même si le ministère public n’avait pas à faire la preuve du mobile du crime, [TRADUCTION] « il est utile d’avoir une idée des raisons pour lesquelles un événement s’est produit » (d.a., p. 556). L’avocat du ministère public a passé en revue de façon assez détaillée la preuve du comportement de M. White plus tôt ce soir-là, qui donnait à croire qu’il « voulait être un caïd et prouver aux autres qu’il était un caïd » (*ibid.*). Le point culminant de cette preuve est le moment où l’on apprend que M. White a exhibé son arme et que, en réponse à quelqu’un qui a dit croire que c’était un faux, il a tiré un coup de feu « là encore, pour impressionner » (*ibid.*), aux dires du ministère public. Le ministère public a ensuite expliqué au jury que, lorsque M. Matasi avait dénigré M. White devant les autres, lui avait manqué de respect, fait la leçon et dit que ce n’était pas cool d’avoir une arme, M. White « ne pouvait plus reculer, c’était lui le caïd qui avait une arme » (d.a., p. 557). L’avocat du ministère public a poursuivi en expliquant en quoi la preuve démontrait que la bagarre s’était terminée lorsque M. White, sous le coup de la colère, avait intentionnellement tiré sur M. Matasi.

[120] L’avocat du ministère public a ensuite passé en revue la preuve criminalistique qui, soutenait-il, excluait l’hypothèse d’un coup de feu accidentel. Cette preuve démontrait notamment qu’il fallait appliquer une pression de cinq livres et demie pour faire feu, et qu’il fallait des connaissances et une certaine dextérité pour charger et recharger le pistolet. L’avocat du ministère public a également beaucoup tablé sur le témoignage « convaincant » de Dale McRitchie, le gérant d’une boîte de nuit située tout près, qui avait observé en partie l’altercation. Le ministère public a souligné que, contrairement à bon nombre des autres témoins, M. McRitchie n’était pas sous l’influence de l’alcool lorsqu’il a observé l’altercation et qu’il n’était associé ni à la victime ni à l’agresseur. Le témoignage de M. McRitchie a été révisé en détail. Il a essentiellement expliqué qu’après avoir entendu un coup de feu, il était sorti de sa boîte de nuit et avait aperçu la victime sur le sol et M. White, le visage crispé par la colère, qui empoignait la victime par la chemise et braquait un

immediately followed by another gunshot (A.R., at p. 487).

[121] Crown counsel then undertook a detailed review of the evidence that supported Mr. McRitchie's version of the events, including the forensic evidence which, he argued, indicated that "the bullet was fired down, in this case, into a reclined Lee Matasi" (A.R., at p. 563). It is at the end of these submissions on the question of intent that Crown counsel added the impugned remark, which now forms the basis of Mr. White's appeal.

[122] In my view, Crown counsel's comment could not reasonably have been interpreted by the jury as an invitation to infer a murderous intent from the evidence of flight. It was crystal clear from Crown counsel's address that the evidence of flight properly went to the issue of identification. Nor could the jury have taken Crown counsel's comment as an invitation to infer a murderous intent from the way Mr. White "looked" just before he fled. Crown counsel had just spent considerable time outlining what evidence went to the issue of intent, none of it at issue in this appeal. Further, while every witness to the event testified that the shooter immediately fled, *no witness* was asked by the Crown how the shooter "looked" at the time he fled. The only evidence along those lines elicited by the Crown was given by Mr. McRitchie in describing the shooting itself. The witness stated the following in examination-in-chief (A.R., at p. 488):

Q. Did you notice his face?

A. Yeah, his face did stand out to me because he was in a -- definitely in a fit of rage.

pistolet sur lui. M. McRitchie a ensuite entendu le mot [TRADUCTION] « salaud » et, tout de suite après, un autre coup de feu (d.a., p. 487).

[121] L'avocat du ministère public a ensuite entrepris une analyse approfondie des éléments de preuve qui appuyaient la version des faits de M. McRitchie, y compris des éléments de preuve criminalistique qui, soutenait-il, indiquaient que [TRADUCTION] « la balle a été tirée vers le bas, en l'occurrence vers Lee Matasi, qui était étendu sur le sol » (d.a., p. 563). C'est à la fin de ces observations sur la question de l'intention que l'avocat du ministère public a ajouté la remarque contestée sur laquelle M. White fonde son appel.

[122] À mon avis, le commentaire de l'avocat du ministère public ne pouvait pas raisonnablement être interprété par le jury comme une invitation à conclure, à partir de la preuve de la fuite, que l'intention de commettre un meurtre était établie. Il ressort nettement de l'exposé de l'avocat du ministère public que la preuve de la fuite visait à juste titre la question de l'identification. Le jury ne pouvait pas non plus considérer le commentaire de l'avocat du ministère public comme une invitation à conclure à l'intention de commettre un meurtre en se fondant sur « l'air » qu'avait M. White juste avant sa fuite. L'avocat du ministère public venait tout juste de consacrer beaucoup de temps à expliquer quels éléments de preuve portaient sur la question de l'intention. Or, aucun de ces éléments de preuve n'est en litige dans le présent appel. Par ailleurs, bien que chacun des témoins de l'incident ait affirmé que le tireur s'était enfui immédiatement, le ministère public n'a demandé à *aucun témoin* quel « air » avait le tireur lorsqu'il a pris la fuite. Les seuls éléments de preuve à cet égard que le ministère public a réussi à obtenir sont les explications que M. McRitchie a données dans son témoignage au sujet du coup de feu lui-même. Voici ce que ce témoin a déclaré lors de son interrogatoire principal (d.a., p. 488) :

[TRADUCTION]

Q. Avez-vous remarqué son visage?

R. Oui, l'expression qu'il avait sur le visage m'a effectivement frappé parce qu'il était -- c'était évident qu'il était furieux.

- Q. What -- what led you to believe he was in a fit of rage?
- A. Well, he was having a scuffle with the gentleman below him.
- Q. What about his face at that point?
- A. He had sharp features.
- Q. Mm-hmm?
- A. Pointed face sort of.
- Q. I'm sorry?
- A. A pointed face.

[123] In only two instances were questions asked about how the shooter looked after the fatal shot was fired; both were posed in *cross-examination by the defence*. Michael Fyfe was asked the following (A.R., at p. 377):

- Q. Okay. But I'm going to suggest because you were so intoxicated that's -- you weren't really thinking when you chased after this man with a gun. Why weren't you afraid?
- A. Why wasn't I afraid?
- Q. Yeah.
- A. 'Cause I wasn't, I wanted to catch him.
- Q. He looked scared, didn't he, when he ran away?
- A. I looked scared?
- Q. He looked scared.
- A. I didn't see his face when he ran away, I just saw the back of him, trying to catch up to him. [Emphasis added.]

[124] Much along the same lines, Kennedy Kirk was asked the following in cross-examination by the defence (A.R., at pp. 460-61):

- Q. You heard this shot went off at Shine and you saw this person -- you didn't see him fire the gun though, did you?
- A. No.

- Q. Qu'est-ce qui vous fait croire qu'il était furieux?
- R. Eh bien, il était en train de se battre avec l'homme qui se trouvait sous lui.
- Q. Et son visage à ce moment-là?
- R. Il avait les traits pointus.
- Q. Hum?
- R. Je dirais un visage en lame de couteau.
- Q. Pardon?
- R. Un visage en lame de couteau.

[123] Ce n'est qu'à deux reprises que des questions ont été posées sur l'air qu'avait le tireur après le coup de feu fatal et les deux questions ont été posées en *contre-interrogatoire par la défense*. L'échange suivant a eu lieu avec Michael Fyfe (d.a., p. 377) :

[TRADUCTION]

- Q. D'accord. Mais j'avancerais l'idée que vous étiez tellement intoxiqué que -- vous ne réfléchissiez pas vraiment lorsque vous vous êtes lancé à la poursuite de cet homme armé. Comment se fait-il que vous n'ayez pas eu peur?
- R. Pourquoi je n'avais pas peur?
- Q. Oui.
- R. Parce que je n'avais pas peur, je voulais l'attraper.
- Q. Il avait l'air effrayé, n'est-ce pas, lorsqu'il s'est enfui en courant?
- R. J'avais l'air effrayé?
- Q. Il avait l'air effrayé.
- R. Je n'ai pas vu son visage lorsqu'il s'est enfui. Je l'ai seulement vu de dos en essayant de le rattraper. [Je souligne.]

[124] Lors du contre-interrogatoire de Kennedy Kirk, la défense lui a posé les questions suivantes, qui vont à peu près dans le même sens (d.a., p. 460 et 461) :

[TRADUCTION]

- Q. Vous avez entendu le coup de feu au Shine et vous avez vu cet individu -- mais vous ne l'avez pas vu tirer le coup de feu, n'est-ce pas?
- R. Non.

Q. But you did see the person you believe was -- you saw later picking up a gun off the street in front of Shine?

A. Mm-hmm.

Q. And leaving?

A. Yeah.

Q. Okay. I'm going to suggest to you he looked scared.

A. I wouldn't say scared, I would say purposeful.

Q. Oh, now you would say purposeful?

A. Well, I mean, he certainly looked like maybe he did not want to be there anymore. [Emphasis added.]

[125] Defence counsel then proceeded to cross-examine Mr. Kirk at length (without much apparent success) on his prior statement to the police in which he had stated "I guess he scared himself, whatever, dropped his gun when he was walking away across the concrete, went and picked it up and went around the corner" (A.R., at p. 462).

[126] In short, there was no evidence to speak of one way or the other about the shooter's demeanour as he immediately fled from the scene. To suggest that the Crown's comment about the *lack* of such evidence might have caused the jury to mistakenly leap from the evidence of demeanour to a finding of guilt, in my respectful view, has no air of reality on this record. In any event, even if there had been significant evidence about the look on the shooter's face immediately after the fatal shot was fired, I would see no basis for excluding it from the jury's consideration. Consider, for example, if the witnesses had indeed described the shooter looking surprised or shocked at the time the last shot went off, or stooping down to check on Mr. Matasi's condition and hesitated for a few seconds before taking off. The jury would be entitled to the benefit of these observations. Indeed, given the defence's strategy in this case, such evidence would have played a central role in the case for the defence. In my view, when considered in context, the Crown's comment that there was "no hesitation here, no shock, no uncertainty" could only have

Q. Mais vous avez vu le même individu plus tard en train de ramasser un pistolet dans la rue devant le Shine?

R. Mm-hmm.

Q. Et partir?

R. Ouais.

Q. D'accord. Pourrait-on dire qu'il avait l'air effrayé?

R. Je ne dirais pas effrayé, mais déterminé.

Q. Ah oui, vous diriez maintenant qu'il avait l'air déterminé?

R. Bien, je veux dire qu'il avait certainement l'air de quelqu'un qui voulait être ailleurs. [Je souligne.]

[125] L'avocat de la défense a ensuite contre-interrogé longuement M. Kirk (apparemment sans beaucoup de succès) au sujet de sa déclaration antérieure à la police, dans laquelle il avait dit : [TRADUCTION] « J'imagine qu'il a pris peur, enfin, il a laissé tomber son arme alors qu'il s'éloignait, il l'a reprise à terre et a tourné au coin de la rue » (d.a., p. 462).

[126] En résumé, aucune preuve ne permettait de qualifier d'une manière ou d'une autre l'attitude du tireur lorsqu'il s'est enfui, immédiatement après le coup de feu. À mon avis, il n'est pas du tout vraisemblable, au vu du dossier, que le commentaire du ministère public concernant *l'absence* de preuve à cet égard ait pu amener le jury à conclure à tort à la culpabilité de l'appelant à partir de la preuve de son attitude. Quoi qu'il en soit, même s'il existait une preuve significative de l'air qu'avait le tireur immédiatement après le coup de feu mortel, je ne verrais aucune raison de soustraire cette preuve à l'examen du jury. Qu'advierait-il, par exemple, si les témoins avaient effectivement déclaré que l'auteur du crime avait l'air surpris ou bouleversé au moment où le dernier coup est parti, ou qu'il s'était baissé pour vérifier l'état de M. Matasi et avait hésité quelques secondes avant de déguerpir? Le jury aurait le droit de bénéficier de ces observations. D'ailleurs, compte tenu de la stratégie adoptée par la défense en l'espèce, une telle preuve aurait joué un rôle capital pour la défense. À mon avis, lorsqu'on la situe dans son contexte, la remarque du



been understood by everyone present as a rhetorical observation that there was no evidence of this nature and hence that the *defence theory* that the gun had gone off accidentally should not be given any credence.

[127] Mr. White further argued that the trial judge erred in two respects. First, rather than correcting the erroneous Crown submission (about which there was no complaint at trial), he repeated it for the jury when he summarized the theory of the Crown. Second, instead of giving an *Arcangioli* “no probative value” instruction as he should have, the trial judge effectively left the evidence of flight for the jury’s consideration on the question of intent by stating the following:

You may consider Mr. White’s post-event conduct in fleeing the scene, but you should also be careful with it. It may not tell you much more than that for any number of reasons he would be in some kind of trouble if he stayed at the scene and it may not be of much assistance in assessing his precise state of mind at the time the gun was fired. That is for you to assess and consider. [A.R., at p. 606]

[128] Just as Crown counsel’s closing address to the jury, the trial judge’s repetition of Crown counsel’s argument must be read in context. In reiterating the theory of the Crown for the jury, the trial judge followed essentially the same sequence as Crown counsel in his final address, describing in some detail over the course of several pages of transcript what evidence the Crown relied upon in support of its case on both issues of identification and intention. He then concluded his review of the Crown’s theory as follows:

The Crown lastly noted that the accused ran away with no apparent hesitation or confusion, which suggests that

ministère public suivant laquelle l’accusé a fui [TRADUCTION] « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis » n’aurait pu être interprétée autrement par les personnes présentes que comme une observation rhétorique suivant laquelle il n’existait aucune preuve de cette nature, de sorte qu’il ne fallait accorder aucune crédibilité à la *thèse de la défense* suivant laquelle le coup de feu était parti accidentellement.

[127] M. White reproche par ailleurs deux erreurs au juge du procès. En premier lieu, plutôt que de corriger l’observation erronée du ministère public (dont nul ne s’est plaint au procès), le juge l’a répétée à l’intention du jury lorsqu’il a résumé la thèse du ministère public. En second lieu, plutôt que de donner aux jurés une directive de type *Arcangioli* leur indiquant que la preuve de la fuite n’avait « aucune valeur probante », comme il l’aurait dû, le juge du procès leur a en fait laissé le soin d’apprécier cet élément pour trancher la question de l’intention en déclarant ce qui suit :

[TRADUCTION] Vous pouvez tenir compte du comportement que M. White a adopté après l’événement en fuyant le lieu du crime, mais vous devez utiliser cette preuve avec prudence. Il se peut qu’elle ne démontre rien de plus que, pour différentes raisons, l’appelant aurait eu des ennuis s’il était resté sur les lieux et il se peut qu’elle ne soit pas très utile pour évaluer son état d’esprit précis au moment où le coup de feu a été tiré. C’est à vous d’analyser et d’apprécier cette preuve. [d.a., p. 606]

[128] Tout comme l’exposé final de l’avocat du ministère public au jury, la répétition, par le juge de première instance, de l’argument de l’avocat du ministère public doit être interprétée dans son contexte. En reprenant cette thèse à l’intention du jury, le juge de première instance a suivi essentiellement le fil du raisonnement que l’avocat du ministère public avait développé dans sa plaidoirie finale, donnant une description détaillée — sur plusieurs pages dans la transcription —, des éléments de preuve sur lesquels le ministère public s’était fondé pour étayer sa thèse tant sur la question de l’identification que sur celle de l’intention. Il a ensuite conclu sa revue de la thèse du ministère public en ces termes :

[TRADUCTION] Le ministère public a finalement indiqué que l’accusé s’était enfui sans hésitation ou confusion

what happened is what he intended to happen. This, the Crown suggested, indicates intention by one of the two ways possible for murder. [A.R., at p. 609]

[129] In my view, the jury would have understood these two sentences no differently than the parts of Crown counsel's closing address they were intended to summarize. The first sentence simply repeated Crown counsel's rhetorical observation on the absence of evidence to support the theory of accidental shooting, and the final sentence referred to the *entirety* of the evidence relied upon by the Crown on the question of intention.

[130] Finally, in the context of the evidence and the issues at trial, the trial judge's instructions regarding the evidence of flight contained no error. As it formed an inextricable part of the narrative and was highly relevant to the issue of identification, it was properly left for the jury's assessment. The evidence of flight was reviewed for the jury in this context and its significance would have been properly understood. On the question of intention, the trial judge's added caution that this evidence was of limited value in determining Mr. White's state of mind was adequate. Indeed, on the facts of this case, the instruction that "for any number of reasons [Mr. White] would be in some kind of trouble if he stayed at the scene", was a common sense inference that the jury would have been well able to make on its own.

[131] I therefore agree with Rothstein J. that the jury charge contained no error and I would dismiss the appeal.

The reasons of McLachlin C.J. and Binnie and Fish JJ. were delivered by

[132] BINNIE J. (dissenting) — This appeal again raises the question of what guidance a judge should give to a jury concerning the use that may be made of evidence of post-offence conduct. Generally

apparentes, ce qui donne à croire qu'il voulait réellement que les événements qui se sont produits se produisent. Selon le ministère public, cela indique de l'une des deux manières possibles qu'il avait l'intention requise pour être déclaré coupable de meurtre. [d.a., p. 609]

[129] À mon avis, les jurés n'auraient pas interprété ces deux phrases différemment des passages de la plaidoirie finale de l'avocat du ministère public qu'elles étaient censées résumer. Dans la première phrase, le juge répète simplement l'observation rhétorique de l'avocat du ministère public au sujet de l'absence d'éléments de preuve étayant la thèse du coup de feu accidentel. La dernière phrase renvoie à *l'ensemble* de la preuve du ministère public sur la question de l'intention.

[130] Enfin, dans le contexte de la preuve présentée et des questions débattues au procès, les directives du juge du procès sur la preuve de la fuite n'étaient entachées d'aucune erreur. Comme cette preuve faisait inextricablement partie du récit des faits et était d'une grande pertinence quant à la question de l'identification, c'est à juste titre que le juge a laissé au jury le soin de l'apprécier. C'est dans ce contexte que la preuve de la fuite a été passée en revue à l'intention du jury, qui a dû en comprendre correctement la signification. Sur la question de l'intention, la mise en garde additionnelle du juge du procès suivant laquelle cette preuve avait une valeur limitée quant à l'état d'esprit de M. White était suffisante. Vu l'ensemble des faits, le passage où le juge explique que [TRADUCTION] « pour différentes raisons, [M. White] aurait eu des ennuis s'il était resté sur les lieux » était une déduction logique que le jury aurait fort bien pu tirer lui-même.

[131] Je suis par conséquent d'accord avec le juge Rothstein pour dire que les directives au jury ne contenaient pas d'erreur et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie et Fish rendus par

[132] LE JUGE BINNIE (dissident) — Le pourvoi soulève de nouveau la question de savoir quelles directives le juge devrait donner aux jurés concernant l'utilisation qu'ils peuvent faire de la preuve

speaking, of course, evidence of what an accused did or said before, during and after the alleged offence, may all be potentially relevant to the issue of guilt or innocence. If admissible, it will be for the jury to determine what use to make of it in deciding about the facts. In this respect, evidence of post-offence conduct is treated as any other circumstantial evidence. It is not to be considered in isolation, but together with the rest of the evidence in its entirety.

[133] Yet experience has shown that prosecutors will occasionally put forward as evidence of guilt, post-offence conduct that is essentially equivocal — such as the accused's strange behaviour when first spoken to by the police or the fact he failed to render assistance to the victim. Even where considered of some slight probative value in relation to an issue in the case, its persuasive value in the hands of a skilled prosecutor may create unfair prejudice to an accused. Thus, in some situations, it has been found necessary to withdraw such evidence from the jury's consideration, or to give an instruction pointing out the danger and limiting the use that may be made of it.

[134] In this appeal, the appellant stands convicted of second degree murder. The dispute is whether the jury might have drawn an impermissible inference of guilt from the Crown's characterization of his flight from the scene of a Vancouver homicide with "no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part" when it convicted him of murder instead of manslaughter. The defence responded that a quick flight was not surprising. The appellant knew that — accident or not — his illegal Glock handgun had been fired during a street fight with a stranger. The victim had crumpled to the street.

[135] In closing argument, the defence conceded that the appellant shot the victim, but eyewitness accounts of the street fight preceding the gunshot

du comportement postérieur à l'infraction. En règle générale, bien entendu, la preuve de ce qu'un accusé a pu dire ou faire avant, durant et après l'infraction reprochée peut être pertinente quant à la question de sa culpabilité ou de sa non-culpabilité. Si la preuve est admissible, il reviendra au jury de déterminer quelle utilisation il en fera dans son appréciation des faits. À cet égard, la preuve du comportement postérieur à l'infraction est traitée comme toute autre preuve circonstancielle. Elle ne doit pas être examinée isolément, mais plutôt conjointement avec le reste de la preuve dans son ensemble.

[133] Toutefois, l'expérience a démontré que le comportement postérieur à l'infraction invoqué par les poursuivants pour établir la culpabilité d'un accusé est parfois essentiellement équivoque — comme la réaction étrange de l'accusé lorsque les policiers lui ont parlé pour la première fois ou le fait qu'il n'a pas aidé la victime. Même lorsqu'on considère qu'une preuve a une faible valeur probante à l'égard d'une question en litige, sa valeur persuasive peut causer un préjudice inéquitable à l'accusé lorsqu'elle est utilisée par un poursuivant chevronné. Ainsi, dans certains cas, il a été jugé nécessaire de soustraire cette preuve à l'appréciation des jurés ou de leur donner une directive qui leur signale le danger qu'elle représente et limite l'utilisation qu'ils peuvent en faire.

[134] En l'espèce, l'appelant a été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré. Le débat porte sur la possibilité que le jury ait tiré à tort l'inférence que l'appelant était coupable de meurtre plutôt que d'homicide involontaire coupable, en raison du commentaire du ministère public selon lequel l'appelant a fui le lieu d'un homicide à Vancouver [TRADUCTION] « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis ». La défense a répliqué qu'il n'était guère surprenant que l'appelant ait fui rapidement. Il savait que son arme illégale, un pistolet Glock, s'était déchargée — accidentellement ou non — au cours d'une bataille de rue avec un inconnu. La victime s'était effondrée sur le sol.

[135] Dans sa plaidoirie finale, la défense a reconnu que l'appelant avait tiré sur la victime, mais les récits des témoins de la bagarre qui a

were conflicting. The appellant says the jury should have been told that the Crown's argument about his demeanour could not be used as a basis for inferring the *specific* intent necessary to support a murder conviction, because both his flight and his pre-flight demeanour were equally consistent with an accidental shooting and thus manslaughter. The trial judge did not rein in the Crown's approach. He told the jury in relation to the issue of murderous intent that "[y]ou may consider Mr. White's post-event conduct in fleeing the scene, but you should also be careful with it."

[136] A majority of the British Columbia Court of Appeal, Finch C.J.B.C. dissenting, held that "while the charge to the jury was wrong in that it was not complete, the error was harmless and could not have affected the jury's verdict" (2009 BCCA 513, 278 B.C.A.C. 177, at para. 146). I agree with the unanimous view of that court that "the charge to the jury was wrong" but unlike the majority I would not apply the curative proviso under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. I agree with Finch C.J.B.C. that the error was not harmless. The case for a murder conviction, apart from the evidence of post-offence demeanour, was far from overwhelming. I would allow the appeal.

## I. Overview

[137] Juries find the facts and trial judges are careful not to usurp their function. A concern about excessive and unnecessary judicial micromanagement is evident in the reasons of Ryan J.A., for the majority in the court below, who commented:

... the case law seems to have drifted to the point where anything done by an accused after the

précédé le coup de feu étaient contradictoires. L'appellant affirme que le jury aurait dû être averti qu'il ne pouvait pas s'appuyer sur l'argument du ministère public au sujet de l'attitude de l'appellant pour conclure que celui-ci avait l'intention *spécifique* requise pour commettre un meurtre, car tant sa fuite que les actes qui l'ont précédée étaient tout aussi compatibles avec un coup de feu accidentel et, par conséquent, avec un homicide involontaire coupable. Le juge du procès n'a pas mis un frein à l'argumentation du ministère public. Il a dit au jury, au sujet de l'intention de commettre un meurtre : [TRADUCTION] « Vous pouvez tenir compte du comportement que M. White a adopté après l'événement en fuyant le lieu du crime, mais vous devez utiliser cette preuve avec prudence. »

[136] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu à la majorité, le juge en chef Finch étant dissident, que [TRADUCTION] « l'exposé au jury était erroné en ce sens qu'il n'était pas complet, mais que l'erreur était inoffensive et n'aurait pas pu avoir d'incidence sur le verdict du jury » (2009 BCCA 513, 278 B.C.A.C. 177, par. 146). Je souscris à l'opinion unanime de cette cour que [TRADUCTION] « l'exposé au jury était erroné », mais, contrairement aux juges majoritaires, je n'appliquerais pas la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. À l'instar du juge en chef Finch, je ne crois pas qu'il s'agissait d'une erreur inoffensive. La preuve de la culpabilité de l'accusé pour meurtre, mise à part la preuve de son attitude après l'infraction, était loin d'être accablante. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

## I. Aperçu

[137] Les jurés apprécient les faits et le juge du procès veille à ne pas usurper leur fonction. Il est évident que le juge Ryan, s'exprimant au nom de la majorité de la Cour d'appel, était préoccupée par l'intervention excessive et inutile des juges. Elle a affirmé ce qui suit dans ses motifs :

[TRADUCTION] ... la jurisprudence semble avoir dérivé au point où tous les faits et gestes de l'accusé

commission of an offence is now classified as “post-offence conduct” or “after-the-offence conduct” and, whether used as part of the Crown’s case or not, [is] subject to special warnings. [para. 129]

With respect, it is definitely *not* the case that evidence of “anything done by an accused after the commission of an offence . . . , whether used as part of the Crown’s case or not, [is] subject to special warnings”. The general rule is now, as in the past, that it is for the jury to decide, on the basis of the evidence as a whole, whether the post-offence conduct put in evidence against the accused is related to the commission of the crime before them rather than to something else, and if so, how much weight, if any, such evidence should be accorded in the final determination of guilt or innocence. For the trial judge to interfere in that process will in most cases constitute a usurpation of the jury’s exclusive fact-finding role.

[138] At the same time, trial judges spend more of their working life in and around courtrooms than people summonsed from work or home to jury duty, and experience has taught the judiciary that in some cases jurors have found certain types of evidence (e.g. eyewitness identification and jailhouse confessions) more persuasive than was warranted. Misuse of such evidence has on occasion resulted in wrongful convictions. This risk exists with respect to some types of post-offence conduct relied upon by the Crown and in those cases it only makes sense for the judges to alert the jurors to what the courts have collectively learned over the years, especially when that learning may for some jurors be counter-intuitive.

[139] When a jury hears that an accused was seen running from the crime scene, or gave a statement to the police that turned out to be false in some particulars, its members may jump to the conclusion of a guilty mind, and thence to an inference of guilt of the offence as charged. The inference

après la perpétration de l’infraction sont maintenant qualifiés de « comportement postérieur à l’infraction » ou de « comportement après le fait » et sujets à une mise en garde particulière, que le ministère public les utilise ou non comme éléments de preuve. [par. 129]

Soit dit en toute déférence, il *n’est* absolument *pas* vrai que la preuve de « tous les faits et gestes de l’accusé après la perpétration de l’infraction, [. . .] [est] sujet[te] à une mise en garde particulière, que le ministère public les utilise ou non comme éléments de preuve ». La règle générale demeure qu’il appartient aux jurés de décider, eu égard à l’ensemble de la preuve, si le comportement postérieur à l’infraction utilisé en preuve contre l’accusé est lié à la perpétration du crime dont il est question, plutôt qu’à autre chose. Le cas échéant, c’est au jury qu’il incombe de déterminer le poids à accorder à cette preuve pour rendre ultimement un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité. Dans la plupart des cas, le juge du procès qui s’immisce dans ce processus usurpe le rôle du juge des faits, dévolu exclusivement au jury.

[138] Cela dit, le juge du procès passe une plus grande partie de sa vie professionnelle dans une salle d’audience qu’une personne sommée de quitter son travail ou son foyer pour agir à titre de juré. L’expérience a enseigné aux juges que, dans certains cas, les jurés attribuent à certains types d’éléments de preuve (p. ex., une identification par témoin oculaire et des aveux faits en prison) une force de persuasion plus grande qu’ils ne le mériteraient. Une mauvaise utilisation de ces éléments de preuve a parfois entraîné des condamnations injustifiées. Ce risque existe lorsque le ministère public utilise certains types de comportement postérieur à l’infraction. Il est alors tout à fait logique que les juges transmettent aux jurés le savoir qu’ils ont acquis collectivement au fil des ans, particulièrement lorsque cet enseignement risque d’aller à l’encontre de l’intuition première de certains jurés.

[139] Lorsqu’ils apprennent qu’on a vu l’accusé fuir le lieu du crime ou qu’il a fait à la police une déclaration dont certains éléments se sont révélés faux, les jurés peuvent sauter à la conclusion qu’il avait une intention coupable et, de là, qu’il est coupable de l’infraction qu’on lui reproche. Or, cette

may be quite wrong. The running away may be due not to a flight from justice, but simple panic, and the false particulars may have been given innocently. The evidence of post-offence demeanour will often be equivocal. The police evidence that Guy Paul Morin reacted strangely to the abduction and death of the little girl next door played a role in his wrongful conviction for murder.

[140] The bulk of evidence of post-offence conduct will simply flow into the record as an unremarkable part of the narrative. Where it is put forward as an element of the prosecution case, it will, of course, be relevant and admissible where it has some tendency, as a matter of logic, common sense and human experience (as the expression goes) to help resolve a live issue in the case.

[141] In this appeal my colleague Rothstein J. finds that the Crown's argument about post-offence demeanour was properly left with the jury as evidence probative of an intent to kill rather than accident. He writes:

... the mere fact that the accused fled the scene did not provide any information as to whether he was guilty of the lesser or the greater charge. However, in this case, the fact that Mr. White failed to hesitate at the discharge of his firearm into another person's chest *does* potentially provide such information. [Emphasis in original; para. 66.]

The courts have long recognized (though jurors may have no reason to know this unless they are told) that the subjective interpretation placed by a witness on the post-offence demeanour evinced by an accused is fraught with danger. These dangers were annotated and persuasively explained in *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (1998), by the Honourable Fred Kaufman, at pp. 1142-50, as will be discussed.

[142] Such demeanour evidence relies too heavily on the witnesses' power of observation and

conclusion peut être totalement erronée. Il se peut que l'accusé se soit sauvé, non pas pour fuir la justice, mais sous le coup de la panique, et qu'il ait donné de faux renseignements de bonne foi. La preuve de l'attitude de l'accusé après l'infraction est souvent équivoque. Le témoignage des policiers qui ont affirmé que Guy Paul Morin avait réagi étrangement à l'enlèvement et au décès de sa petite voisine a joué un rôle dans sa condamnation injustifiée pour meurtre.

[140] La preuve du comportement postérieur à l'infraction, dans son ensemble, se retrouvera simplement au dossier comme une partie banale de l'exposé des faits. Lorsqu'elle est invoquée à l'appui de la thèse de la poursuite, elle sera évidemment pertinente et admissible si, selon la logique, le bon sens et l'expérience humaine (comme le veut l'expression), elle aide à trancher une question en litige.

[141] En l'espèce, mon collègue, le juge Rothstein, estime que l'argumentation du ministère public concernant l'attitude de l'accusé après l'infraction a été laissée à bon droit à l'appréciation du jury en tant que preuve de l'intention de commettre un meurtre, plutôt que de la survenue d'un accident. Il écrit ce qui suit :

... la simple fuite de l'accusé n'était d'aucune utilité pour déterminer s'il était coupable de l'infraction la plus grave ou la moins grave. En l'espèce, toutefois, le fait que M. White n'a pas hésité après qu'un coup de feu provenant de son arme a atteint une autre personne à la poitrine pourrait *effectivement* être utile pour répondre à cette question. [En italique dans l'original; par. 66.]

Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps que l'interprétation subjective, par un témoin, de l'attitude montrée par l'accusé après l'infraction présente un grand danger (alors que les jurés n'ont peut-être aucune raison d'en être conscients si on ne le leur signale pas). Comme nous le verrons, ce danger a été commenté et expliqué de façon convaincante par l'honorable Fred Kaufman dans le rapport de la *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin : Rapport* (1998), p. 1314-1323.

[142] Cette preuve de l'attitude dépend trop du sens de l'observation et de la perception des

interprétation, and will often involve a series of speculative inferences from a failure to perform as the onlooker thinks “normal” to a conclusion of guilt of a particular offence. In one of the most harrowing criminal cases of recent years, a nurse at Toronto’s Hospital for Sick Children was discharged at her preliminary hearing into the alleged murder of four babies in her care. His Honour Judge Vanek rejected the demeanour evidence as worthless:

I am unable to find any evidence of guilt from what a doctor thought from a passing glance was “a very strange expression” on the face of a young woman he barely knew, who had suffered a most harrowing experience, and was engaged in the very emotionally disturbing duty she was bound to perform of writing up the final death note as part of her other difficult duties on the occasion of the death of a baby in her care.

(*R. v. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97 (Ont. Prov. Ct. (Crim. Div.)), at p. 125)

[143] Similarly, in *R. v. Anderson*, 2009 ABCA 67, 3 Alta. L.R. (5th) 29, the accused was charged with first degree murder. The Crown adduced evidence that a friend of the accused who gave him a ride after the killing noticed that he was “unusually quiet” in the area of the crime scene, and another witness noted that the accused turned his head away from the crime scene being investigated as they drove by. The court concluded that the trial judge erred in leaving the evidence to the jury (para. 52).

[144] In this case, the Crown specifically urged the jury to infer murderous intent from “no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part, just immediate flight”. The Crown’s emphasis was not on the act of flight (which is an objective fact) but on the alleged demeanour of the appellant (which here was a matter of interpretation and opinion by a stranger necessarily calibrated according to the stranger’s own subjective expectation and

témoins et implique souvent une série d’inférences hypothétiques menant à une conclusion de culpabilité d’une infraction particulière à partir d’une réaction différente de celle que l’observateur jugerait « normale ». Dans l’une des affaires criminelles les plus troublantes des récentes années, une infirmière de l’hôpital pour enfants de Toronto a été libérée à l’issue de son enquête préliminaire pour le meurtre de quatre enfants en bas âge dont elle prenait soin. Le juge Vanek a rejeté la preuve de l’attitude de l’accusée parce qu’il l’estimait sans valeur :

[TRADUCTION] Je suis incapable de voir une preuve quelconque de culpabilité dans le fait qu’un médecin avait, d’un coup d’œil furtif, relevé « une expression très étrange » sur le visage d’une jeune femme qu’il connaissait à peine, qui venait de vivre une expérience très bouleversante et qui, entre autres tâches difficiles à l’occasion de la mort d’un bébé dont elle prenait soin, s’acquittait de la tâche éprouvante de rédiger la note de décès comme elle devait le faire.

(*R. c. Nelles* (1982), 16 C.C.C. (3d) 97 (C. prov. Ont. (Div. crim.)), p. 125)

[143] De même, dans *R. c. Anderson*, 2009 ABCA 67, 3 Alta. L.R. (5th) 29, l’accusé était inculpé de meurtre au premier degré. Le ministère public a présenté une preuve révélant qu’un ami de l’accusé qui l’avait emmené dans sa voiture après l’homicide avait remarqué qu’il était [TRADUCTION] « anormalement tranquille » près du lieu du crime et qu’un autre témoin l’avait vu détourner la tête lorsqu’ils étaient passés en voiture devant la scène du crime scrutée par les enquêteurs. La cour a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en soumettant cette preuve à l’appréciation du jury (par. 52).

[144] En l’espèce, le ministère public a expressément exhorté les jurés à inférer l’intention de l’appelant de commettre un meurtre du fait qu’il avait quitté les lieux [TRADUCTION] « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis, juste fui sur-le-champ ». Le ministère public n’a pas mis l’accent sur la fuite (un fait objectif), mais sur la prétendue attitude de l’appelant (en l’occurrence, une question de perception et d’opinion de la part d’un inconnu,

cultural frame of reference about what would be expected).

[145] For the reasons which follow, I agree with Finch C.J.B.C. that the use of such demeanour evidence in this case ought not to have been permitted to go to the jury on the critical (and virtually the only) issue in the case — murderous intent or accident. No one whose illegal handgun had just discharged in the middle of a street fight could be expected to stick around to ponder the consequences.

## II. Facts

[146] This case involves the senseless killing of a stranger by the appellant who was out on the town in Vancouver in the early hours of the morning of December 3, 2005. He was carrying and showing off a Glock firearm. The victim, Lee Matasi, was shot and killed after a scuffle outside a nightclub. Earlier that evening, Mr. Matasi had been drinking in Gastown with some friends. On his way home, he encountered the appellant on the street outside another club. As stated, they were unknown to each other.

[147] According to the appellant's ex-girlfriend, he was being loud, he was "in the party mode", and according to another witness he seemed "very aggravated". At one point, the appellant lifted up his shirt to show some people he had a gun. Other witnesses heard someone question whether the gun was real, and watched as the appellant shot at a building to prove that it was, saying "It's not real, right", in a sarcastic voice.

[148] During this exchange, Mr. Matasi volunteered the comment that said, "it's not cool shooting a gun". Mr. Matasi and his friends were intoxicated. One witness heard them yell something to the effect of: "Why don't you shoot the gun again?" or

nécessairement déterminée par les attentes subjectives et le cadre de référence culturel de cet inconnu quant à l'attitude à laquelle il s'attendrait).

[145] Pour les motifs qui suivent, je partage l'opinion du juge en chef Finch de la Colombie-Britannique qu'il ne fallait pas, en l'espèce, laisser cette preuve de l'attitude de l'accusé à l'appréciation du jury relativement à la question cruciale (et pour ainsi dire l'unique question) en litige — soit celle de l'intention de commettre un meurtre ou de la survenue d'un accident. On ne saurait s'attendre à ce que qui que ce soit dont l'arme de poing illégale vient de se décharger en pleine bataille de rue traîne sur les lieux pour en constater les conséquences.

## II. Les faits

[146] Le pourvoi concerne le meurtre insensé d'un inconnu, commis au petit matin par l'appellant lors d'une sortie en ville, à Vancouver, le 3 décembre 2005. L'appellant portait et exhibait une arme à feu Glock. La victime, Lee Matasi, a été tuée par balle après une bagarre à l'extérieur d'une boîte de nuit. Plus tôt dans la soirée, M. Matasi avait consommé de l'alcool à Gastown avec quelques amis. Alors qu'il retournait chez lui, il a croisé l'appellant sur la rue à l'extérieur d'une autre boîte de nuit. Comme nous l'avons déjà dit, ils ne se connaissaient pas.

[147] Selon son ancienne petite amie, l'appellant faisait beaucoup de tapage, était [TRADUCTION] « en mode party » et, aux dires d'un autre témoin, il semblait « très énervé ». Tout à coup, il a relevé son chandail pour montrer à certaines personnes qu'il avait une arme à feu. D'autres témoins ont entendu quelqu'un mettre en doute qu'il s'agissait d'un vrai pistolet et ont regardé l'appellant tirer sur un immeuble pour prouver qu'il ne s'agissait pas d'une imitation, en disant d'un ton sarcastique : [TRADUCTION] « C'est pas un vrai, vous pensez ».

[148] Sur ces entrefaites, M. Matasi, qui se trouvait à passer par là, a dit spontanément : [TRADUCTION] « c'est pas cool de tirer ». M. Matasi et ses amis étaient ivres. Un témoin les a entendus hurler quelque chose comme : [TRADUCTION] « Pourquoi tu ne



“Shoot the window out”. Another said they yelled “Smash the window, smash that truck”. The appellant yelled back at Mr. Matasi’s group and went up the hill in their direction. When the appellant reached the Matasi group he picked a fight with Mr. Matasi. A scuffle ensued. At one point the gun went off. It came loose on the ground but was recovered by the appellant. The struggle continued.

[149] At this point accounts diverge. Some witnesses said that before the second — fatal — shot went off, both men were standing grappling with each other. However, the Crown’s main witness, who had not been drinking, described seeing a person he identified as the appellant holding up another man who had his rear end on the ground, and had his legs splayed out in front of him. The appellant was standing uphill from the first, was holding the other up by the scruff of his neck, and was in a fit of rage. He was pointing a firearm down at the other man. This witness said he heard the word “bitch”, just before he heard a shot being fired. The Crown urged the jury to believe the second version and return a verdict of murder. The defence urged acceptance of the first version and a finding of manslaughter. Mr. Matasi died from a single gunshot wound to the chest.

[150] After the shot was fired, the appellant immediately fled the scene, and ran into an alley. The police watched as he deposited something into a dumpster. The appellant was arrested, and a Glock firearm was retrieved from amongst the rubbish. At trial, he did not testify. Crown counsel in his closing submissions stated to the jury that they could draw an inference from the appellant’s “immediate flight” after the shooting that the appellant was guilty of murder. The Crown submitted that the appellant’s lack of hesitation before fleeing indicated that he acted with an intent to kill. The permissible use of evidence of the post-gunshot demeanour and flight of the appellant forms the subject matter of the appeal. If the trial judge is found to have erred (as unanimously found by the B.C. Court of Appeal), the Crown nevertheless

tires pas encore? » ou « Pète la fenêtre! » Selon un autre témoin, ils ont crié [TRADUCTION] : « Démolis la fenêtre, démolis ce camion-là! » L’appelant a répondu à M. Matasi et à ses comparses en hurlant et a remonté la côte dans leur direction. Lorsqu’il les a rejoints, il a relancé la dispute avec M. Matasi. Une bagarre s’en est suivie. À un certain moment, il y a eu un coup de feu. Le pistolet s’est retrouvé par terre, mais l’appelant l’a récupéré. La bagarre a continué.

[149] À partir de là, les récits divergent. Selon certains témoins, avant que le deuxième coup de feu — mortel — ne retentisse, les deux hommes se battaient, debout. Toutefois, le témoin principal du ministère public, qui n’avait pas bu, a décrit avoir vu une personne, qu’il a identifiée comme l’appelant, tenir un autre homme qui était assis sur le sol, les jambes écartées devant lui. L’appelant se tenait au-dessus de cet autre homme, il le tenait par le collet et il était déchaîné. Il pointait une arme à feu sur lui. Le témoin a dit avoir entendu le mot [TRADUCTION] « salaud » juste avant d’entendre un coup de feu. Le ministère public a vivement encouragé le jury à croire la deuxième version et à rendre un verdict de culpabilité de meurtre. La défense l’a exhorté à retenir la première version et à rendre un verdict de culpabilité d’homicide involontaire coupable. M. Matasi est mort d’un seul coup de feu à la poitrine.

[150] Après le coup de feu, l’appelant a immédiatement fui la scène et couru dans une ruelle. La police l’a vu déposer un objet dans une benne à ordures. L’appelant a été arrêté, et une arme à feu Glock a été retirée des ordures. Au procès, il n’a pas témoigné. Dans sa plaidoirie, l’avocat du ministère public a indiqué au jury qu’il pouvait inférer de la [TRADUCTION] « fuite immédiate » après le coup de feu, que l’appelant était coupable de meurtre. Le ministère public a soutenu que l’absence d’hésitation de l’appelant avant sa fuite indique qu’il a agi avec l’intention de tuer. Le pourvoi porte sur l’utilisation qui peut être faite de la preuve de l’attitude de l’appelant après le coup de feu et de sa fuite. Le ministère public soutient néanmoins que, si la Cour arrive à la conclusion que le juge du procès a commis une erreur

argues that the conviction of second degree murder should be upheld by the application of the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

### III. Judicial History

#### A. *Supreme Court of British Columbia (McEwan J.)*

[151] On the issue of intent, the trial judge instructed the jury as follows:

The next question is therefore, did Mr. White have the necessary intention or state of mind for murder. The crime of murder requires a particular state of mind. For an unlawful killing to be murder, the Crown must establish that Mr. White intended either A, to kill Mr. Matasi. Or B, to cause Mr. Matasi bodily harm that he knew was likely to kill Mr. Matasi and was reckless whether Mr. Matasi died or not. Reckless in this context means that Mr. White could see or foresee the risk that Mr. Matasi could die from the injury but went ahead anyway and took that chance.

. . .

To determine Mr. White's state of mind, that is what he actually meant to do, you must consider all the evidence. You should consider what you conclude Mr. White did throughout the course of the events leading up to and following the shooting of Mr. Matasi. You should consider what you conclude happened at the time of the shooting itself, if you can tell. You should consider what you conclude from what Mr. White said at any time and what that meant.

[152] As to the appellant's post-offence conduct in relation to the specific intent required for murder, and his state of mind, the trial judge said:

You may consider Mr. White's post-event conduct in fleeing the scene, but you should also be careful with it. It may not tell you much more than that for any number

(conformément à la conclusion unanime de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique), le verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré devrait être confirmé par application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge McEwan)*

[151] Sur la question de l'intention, le juge du procès a donné les directives suivantes au jury :

[TRADUCTION] Par conséquent, il faut maintenant se demander si M. White avait l'intention ou l'état d'esprit nécessaire pour être déclaré coupable de meurtre. Le meurtre exige un état d'esprit particulier. Pour qu'un homicide coupable soit considéré comme un meurtre, le ministère public doit établir que M. White avait l'intention a) de tuer M. Matasi, ou b) de lui causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort, et qu'il lui était indifférent qu'il meure ou non. L'indifférence dans ce contexte signifie que M. White pouvait voir ou prévoir le risque que M. Matasi meure de ses blessures, mais a tout de même agi et pris ce risque.

. . .

Pour déterminer l'état d'esprit de M. White, c'est-à-dire ce qu'il avait réellement l'intention de faire, vous devez examiner tous les éléments de preuve. Vous devez tenir compte de ce que M. White a fait, selon vous, tout au long des événements menant au coup de feu reçu par M. Matasi et après le coup de feu. Vous devez tenir compte de ce qui s'est passé, selon vous, au moment où on a tiré, si c'est possible. Vous devez décider à quelle conclusion vous arrivez à partir de ce que M. White a dit à n'importe quel moment et de la signification de ses propos.

[152] Au sujet du comportement de l'appellant après l'infraction, par rapport à l'intention spécifique requise pour qu'il soit déclaré coupable de meurtre, et de son état d'esprit, le juge du procès a affirmé :

[TRADUCTION] Vous pouvez tenir compte du comportement que M. White a adopté après l'événement en fuyant le lieu du crime, mais vous devez utiliser cette

of reasons he would be in some kind of trouble if he stayed at the scene and it may not be of much assistance in assessing his precise state of mind at the time the gun was fired. That is for you to assess and consider. [Emphasis added.]

Defence counsel did not object to this aspect of the charge.

B. *The British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. (dissenting) and Ryan and Chiasson J.J.A.)*

(1) The Majority — Ryan J.A.

[153] The critical issue was whether the Crown had proven that the appellant had the requisite intent for murder when he shot Mr. Matasi. The Crown did not rely on the evidence of flight *per se* to show a consciousness on the part of the appellant that he had committed murder. Rather, the Crown focussed on the lack of hesitation before the appellant fled. In the view of Ryan J.A., this area of the law is now “fraught with as much, if not more difficulty as it was before the decisions of *Arcangioli* [*R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129] and *White* [*R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72 (“*White (1998)*”)]” (para. 145). In particular,

*Arcangioli* does not stand for the proposition that in every case where the accused has admitted to committing the *actus reus* of a criminal act but has denied a specific level of culpability for that act, or has denied committing some related offence arising from the same operative set of facts, post offence conduct such as flight or destruction of evidence will have no probative value with respect to intent. There will be cases in which such evidence can be probative of intent. [para. 126]

While it would have been better for the trial judge to mention the lack of hesitation as a circumstance in the Crown’s case and then give the *Arcangioli* warning about flight, the error was harmless and could not have affected the verdict. The trial judge did not tell the jury that flight, on its own, could support an inference of guilt (para. 145).

preuve avec prudence. Il se peut qu’elle ne démontre rien de plus que, pour différentes raisons, l’appelant aurait eu des ennuis s’il était resté sur les lieux et il se peut qu’elle ne soit pas très utile pour évaluer son état d’esprit précis au moment où le coup de feu a été tiré. C’est à vous d’analyser et d’apprécier cette preuve. [Je souligne.]

L’avocat de la défense ne s’est pas opposé à cet aspect de l’exposé.

B. *La Cour d’appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch (dissident) et les juges Ryan et Chiasson)*

(1) La majorité — la juge Ryan

[153] La question essentielle était de savoir si le ministère public avait prouvé que l’appelant, lorsqu’il a tiré sur M. Matasi, avait l’intention requise pour commettre un meurtre. Le ministère public ne s’est pas fondé sur la preuve de la fuite même pour établir que l’appelant avait conscience d’avoir commis un meurtre. Il a plutôt insisté sur l’absence d’hésitation de l’appelant avant sa fuite. Selon la juge Ryan, ce domaine du droit [TRADUCTION] « comporte autant, voire plus de difficultés qu’avant les arrêts *Arcangioli* [*R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129] et *White* [*R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72 (« *White (1998)* »)] » (par. 145). Plus précisément, elle a dit que

[TRADUCTION] l’arrêt *Arcangioli* n’appuie pas la proposition selon laquelle chaque fois que l’accusé avoue avoir accompli l’*actus reus* d’un crime, mais nie un degré de culpabilité donné à l’égard de ce crime ou nie avoir perpétré une infraction connexe découlant du même ensemble de faits pertinents, le comportement postérieur à l’infraction, comme la fuite ou la destruction de la preuve, n’aura aucune valeur probante quant à l’intention. Dans certains cas, une telle preuve peut servir à établir l’intention. [par. 126]

Il aurait été préférable que le juge du procès mentionne que l’absence d’hésitation était un élément circonstanciel de la preuve du ministère public et donne ensuite la mise en garde proposée dans *Arcangioli* concernant la fuite. Toutefois, cette erreur était inoffensive et n’aurait pas pu avoir d’incidence sur le verdict. Le juge du procès n’a pas

The majority applied the curative proviso and dismissed the appeal.

(2) Finch C.J.B.C., Dissenting

[154] Chief Justice Finch would have allowed the appeal and ordered a new trial. In this case, the only live issue was the *mens rea*, since the *actus reus* was conceded by defence counsel in closing submissions (para. 69). The appellant's immediate flight was not conduct out of all proportion to the admitted level of culpability, and "[f]rom 'instant' flight without hesitation, murderous intent is not the only available reasonable inference" (para. 75).

The appellant's failure to hesitate before fleeing is as consistent with the awareness he would have had of his conduct in the violent course of events that culminated in Mr. Matasi's being shot, even if unintentionally, as with his having intended to kill Mr. Matasi. Put another way, in this case, fleeing without hesitation is consistent with both manslaughter and murder.

Because the accused's lack of hesitation and instantaneous flight are equally explainable by the consciousness of more than one offence, the conduct has no probative value in relation to intent. The jury should therefore have been instructed that they could not make use of that evidence to determine the appellant's level of culpability, as between murder and manslaughter. [paras. 76-77]

[155] Far from being given a "no probative value" instruction, the jury was told that they could consider the post-offence conduct in determining intent, first by the Crown and then by the judge. While the trial judge told the jury that the post-offence conduct may not be very helpful in determining the appellant's intent, he nevertheless left that determination for them "to assess and consider". The trial judge gave the jury the opportunity to use the

dit au jury que la fuite, à elle seule, pouvait étayer une conclusion de culpabilité (par. 145). Les juges majoritaires ont appliqué la disposition réparatrice et rejeté l'appel.

(2) Le juge en chef Finch, dissident

[154] Le juge en chef Finch aurait accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès. En l'espèce, la seule question en litige était celle de la *mens rea*, puisque l'*actus reus* avait été concédé par l'avocat de la défense dans sa plaidoirie finale (par. 69). La fuite immédiate de l'appelant n'était pas une conduite exagérée par rapport au degré de culpabilité avoué et [TRADUCTION] « [l]'intention de commettre un meurtre n'est pas la seule conclusion que l'on peut raisonnablement tirer de la preuve que l'accusé a pris la fuite "instantanément" et sans hésiter » (par. 75).

[TRADUCTION] Le fait que l'appelant n'a pas hésité avant de s'enfuir est tout aussi compatible avec la conclusion qu'il était conscient de son comportement au cours des événements violents ayant abouti au coup de feu qui a atteint M. Matasi, même si ce coup de feu était involontaire, qu'avec la conclusion qu'il avait l'intention de tuer M. Matasi. Autrement dit, en l'espèce, le fait de s'enfuir sans hésiter est compatible tant avec l'homicide involontaire coupable qu'avec le meurtre.

Puisque l'absence d'hésitation et la fuite instantanée de l'accusé peuvent s'expliquer par la conscience de culpabilité tant à l'égard d'une infraction qu'à l'égard d'une ou plusieurs autres, ce comportement n'a aucune valeur probante quant à l'intention. Par conséquent, on aurait dû informer le jury qu'il ne pouvait utiliser cette preuve pour déterminer le degré de culpabilité de l'appelant, c'est-à-dire trancher entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable. [par. 76-77]

[155] Loin d'avoir reçu une directive selon laquelle cette preuve n'avait « aucune valeur probante », le jury s'est fait dire par le ministère public, et ensuite par le juge, qu'il pouvait tenir compte du comportement postérieur à l'infraction pour déterminer l'intention. Bien que le juge du procès ait dit au jury qu'il était possible que la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction ne soit pas très utile pour déterminer l'intention de l'appelant, il lui a tout

post-offence conduct to infer intent. He should have explicitly instructed them that they could not make such an inference. Failing to do so was an error of law which was not harmless and could not be made subject to the curative proviso — s. 686(1)(b)(iii).

#### IV. Relevant Statutory Provisions

[156] The *Criminal Code* states:

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

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

. . .

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

. . .

(b) may dismiss the appeal where

. . .

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred . . . .

#### V. Analysis

[157] In the unfolding narrative of a trial there is no certain that drops at the moment the elements of the offence are complete. Evidence of subsequent conduct often throws useful light on what happened earlier, and the trier of fact is entitled to as much help as may be made available. In most

de même laissé le soin [TRADUCTION] « d'analyser et d'apprécier » cette preuve. Le juge du procès a donné au jury la possibilité d'utiliser la preuve du comportement postérieur à l'infraction pour inférer l'intention. Il aurait dû lui indiquer expressément qu'il ne pouvait tirer une telle inférence. Le défaut de le faire constitue une erreur de droit qui n'est pas inoffensive et à laquelle on ne peut appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii).

#### IV. Les dispositions législatives pertinentes

[156] Le *Code criminel* prévoit ce qui suit :

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

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

. . .

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

. . .

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants :

. . .

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit . . .

#### V. Analyse

[157] Dans un procès, il n'y a pas de tombée du rideau sur le dévoilement des faits dès que les éléments de l'infraction sont tous réunis. La preuve du comportement subséquent est souvent utile pour expliquer ce qui s'est passé plus tôt et le juge des faits a droit à toute l'aide qui peut lui être fournie.

cases, the evidence of post-offence conduct will be probative and unobjectionable. In *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109, for example, the case against the accused on a charge of second degree murder was largely circumstantial. The sole issue at trial was identity. The evidence of post-offence conduct included false statements made to the police by the accused after the murder, evidence that the accused tried to dispose of the victim's blood-stained car and his own bloodstained clothing and that he attempted to flee from the area where he concealed the evidence. The accused argued that he acted solely out of fear that he would be linked to the stolen property and denied any involvement with the murder. His post-offence conduct seemed entirely disproportionate to an alleged concern about stolen property. There was no limiting instruction. The trial judge had simply emphasized that the evidence of post-offence conduct "may or may not point to guilt" (para. 24). The Court held that it was for the jury to determine which of the competing interpretations, if either, to accept. This, then, is the general rule.

[158] In this case, unlike *Ménard*, the appellant ultimately admitted his physical involvement in the killing. The Crown itself concedes that the mere fact the appellant ran from the crime scene is consistent both with panic consequent on an accidental shooting and, in the alternative, a strategy to avoid responsibility for an intentional killing. The Crown's argument is that the absence of a look of shock and uncertainty — demeanour evidence — as well as the lack of momentary hesitation in taking flight permitted the jury to infer the required specific murderous intent. On the facts of this case I believe the Crown was attempting to fashion bricks without straw. As Hall J.A. aptly remarked in *R. v. Campbell* (1998), 122 C.C.C. (3d) 44 (B.C.C.A.), "There can be a host of reasons why people may do stupid things after being involved in a traumatic

Dans la plupart des cas, la preuve du comportement postérieur à l'infraction sera probante et parfaitement acceptable. Par exemple, dans *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109, la preuve contre l'accusé inculpé de meurtre au deuxième degré était en grande partie circonstancielle. La seule question en litige était celle de l'identité. La preuve du comportement postérieur à l'infraction incluait de fausses déclarations de l'accusé à la police après le meurtre, ainsi que des éléments indiquant que l'accusé avait essayé de se débarrasser de l'automobile tachée de sang de la victime et de ses propres vêtements tachés de sang et qu'il avait tenté de s'enfuir des lieux où il avait caché ces éléments de preuve. L'accusé a prétendu qu'il avait agi ainsi uniquement par crainte qu'on établisse un lien entre lui et des biens volés et il a nié être impliqué de quelque façon que ce soit dans le meurtre. Son comportement postérieur à l'infraction semblait totalement disproportionné par rapport à sa prétendue crainte concernant les biens volés. Aucune directive restrictive n'avait été donnée. Le juge du procès avait simplement insisté sur le fait que la preuve du comportement postérieur à l'infraction [TRADUCTION] « peut ou non indiquer la culpabilité » (par. 24). La Cour a conclu qu'il revenait au jury de déterminer laquelle des interprétations opposées il devait retenir, le cas échéant. Il s'agit donc de la règle générale.

[158] Contrairement à l'accusé dans l'affaire *Ménard*, l'appelant dans le présent pourvoi a admis sa participation physique au meurtre. Le ministère public lui-même reconnaît que le simple fait que l'appelant se soit enfui du lieu du crime est tout aussi compatible avec un état de panique à la suite d'un coup de feu accidentel qu'avec une stratégie pour éviter d'être tenu responsable d'un meurtre intentionnel. Selon le ministère public, le fait que l'accusé a fui sans se montrer bouleversé ou indécis — une preuve de son attitude — et sans hésiter permettait au jury de conclure à l'existence de l'intention spécifique requise pour commettre un meurtre. Au vu des faits de la présente affaire, je crois que le ministère public a tenté de bâtir une argumentation qui donne l'apparence de la solidité à ce qui n'est que du vent. Comme le juge

experience” (para. 23). See also *Gudmondson v. The King* (1933), 60 C.C.C. 332 (S.C.C.).

[159] The rules governing jury instructions where evidence relied on by the prosecution is not probative, or if probative is outweighed by unfair prejudice, are outlined in recent decisions in this Court in *Arcangioli*, *White* (1998) and *Ménard*. Like *Finch C.J.B.C.* I do not think this case is distinguishable in principle from *Arcangioli*. I would apply *Arcangioli* and allow the appeal.

#### A. *The Crown’s Argument*

[160] In this case, the conduct of the appellant in the immediate aftermath of the offence was not simply put forward “as an inextricable part of the narrative”: *R. v. Turcotte*, 2005 SCC 50, [2005] 2 S.C.R. 519, at para. 58. The Crown tried to use it to show murderous intent. Here, as in *Arcangioli*, it was a significant element in the Crown’s argument to the jury, and in the trial judge’s final instructions. The Crown’s attempt to use the demeanour evidence to the advantage of the prosecution was one of the last things the jury heard before beginning its deliberation. Here, as in *Arcangioli*, “the danger exists that a jury may fail to take account of alternative explanations for the accused’s behaviour, and may mistakenly leap from such evidence to a conclusion of guilt” (*White* (1998), at para. 22). The evidence in question was admitted at a point in the trial where the identity of the shooter was still in issue, but the problem arose when the Crown fastened on it in its final address when identity was no longer a live issue to urge the jury to use the lack of “shock” or “hesitation” to find murder rather than manslaughter. The problem was aggravated when the trial judge told the jury it was open to them to act on flight *simpliciter*, i.e. “Mr. White’s post-event conduct in fleeing the scene”, in considering

Hall l’a judicieusement fait remarquer dans *R. c. Campbell* (1998), 122 C.C.C. (3d) 44 (C.A.C.-B.), [TRADUCTION] « Il peut y avoir une multitude de raisons expliquant pourquoi une personne fait des bêtises après avoir vécu une expérience traumatisante » (par. 23). Voir aussi *Gudmondson c. The King* (1933), 60 C.C.C. 332 (C.S.C.).

[159] Les règles régissant les directives aux jurés dans les cas où la preuve du ministère public n’a aucune valeur probante, ou une valeur probante trop faible pour contrebalancer le préjudice inéquitable qui en découlerait, sont énoncées dans les arrêts récents de notre Cour *Arcangioli*, *White* (1998) et *Ménard*. Comme le juge en chef *Finch*, je ne crois pas que, sur le plan des principes, la présente espèce se distingue de l’affaire *Arcangioli*. J’appliquerais l’arrêt *Arcangioli* et j’accueillerais le pourvoi.

#### A. *L’argument du ministère public*

[160] En l’espèce, le comportement de l’appelant tout juste après l’infraction n’a pas été présenté simplement « en tant que partie inextricable de l’exposé des faits » : *R. c. Turcotte*, 2005 CSC 50, [2005] 2 R.C.S. 519, par. 58. Le ministère public a plutôt tenté de s’en servir pour établir l’intention de commettre un meurtre. Tout comme dans *Arcangioli*, il s’agissait d’un élément important de la plaidoirie adressée au jury par le ministère public et des directives finales du juge du procès. Les arguments présentés par le ministère public pour tenter d’utiliser la preuve de l’attitude de l’accusé au profit de la poursuite font partie des derniers propos que les jurés ont entendus avant d’entamer leurs délibérations. En l’espèce, comme dans *Arcangioli*, « le jury risque de ne pas prendre en considération les autres explications possibles du comportement de l’accusé et de se servir à tort de cet élément de preuve pour conclure immédiatement à la culpabilité » (*White* (1998), par. 22). Cette preuve a été admise à une étape du procès où l’identité du tireur était toujours en litige. Cependant, les problèmes ont surgi lorsque le ministère public s’est appuyé sur cette preuve dans sa plaidoirie finale, alors que l’identité du tireur avait été établie, pour convaincre le jury de déclarer l’accusé coupable de meurtre

intent. The Crown was talking about the demeanour of the appellant following the gun blast but distinct from the flight itself. The trial judge appears to have gone beyond the Crown's more nuanced position and emphasized to the jury the act of flight itself.

[161] Had the issue of identity been put to the jury, undoubtedly evidence of flight would have been highly relevant. It might have been used by the jury, along with the other evidence to find the appellant to be the shooter. In the end, however, identity was admitted. The suggested use was not narrative but proof of guilt of second degree murder. On the basis of *Arcangioli*, it was inadmissible to prove the specific intent necessary to support a conviction for murder, in my opinion.

**B. *Relevant Post-Offence Conduct Is Not Limited to Consciousness of Guilt***

[162] Ryan J.A. in the court below suggested that prior to *White (1998)* "it was only conduct said to have been done by the accused for the purpose of evading detection and prosecution or something akin to it that attracted the special caution. This is because once the accused is thought to have tried to evade detection or avoid prosecution, that act alone can support an inference of guilt" (para. 129 (emphasis in original)). To the extent the issue of post-offence conduct is coming more frequently before the courts in a variety of forms, this may be a function of a more aggressive resort to such evidence by creative prosecutors. As one defence commentator has remarked, somewhat ruefully, "[t]here was a time when evidence of flight was

plutôt que d'homicide involontaire coupable parce qu'il ne s'était pas montré « bouleversé » et n'avait pas « hésité ». Le juge du procès a aggravé la situation en indiquant au jury qu'il pouvait déterminer l'intention de l'accusé en se fondant sur la fuite, tout simplement, c'est-à-dire sur le [TRADUCTION] « comportement que M. White a adopté après l'événement en fuyant le lieu du crime ». Le ministère public faisait référence à l'attitude de l'appellant après le coup de feu, un élément distinct de la fuite proprement dite. Les propos du juge du procès semblent avoir dépassé la position plus nuancée du ministère public et attiré l'attention des jurés sur la fuite en tant que telle.

[161] Si la question de l'identité avait été soumise au jury, la preuve de la fuite aurait sans aucun doute été très pertinente. Elle aurait pu être utilisée par le jury, de concert avec d'autres éléments de preuve, pour conclure que l'appellant était le tireur. Mais, en fin de compte, l'identité de l'appellant a été admise. Le ministère public n'a pas présenté cette preuve en tant que partie de l'exposé des faits, mais plutôt comme preuve de la perpétration d'un meurtre au deuxième degré. J'estime que, suivant *Arcangioli*, cette preuve ne pouvait être admise afin d'établir l'intention spécifique nécessaire pour justifier un verdict de culpabilité pour meurtre.

**B. *Le comportement postérieur à l'infraction pertinent ne se limite pas à la conscience de culpabilité***

[162] La juge Ryan, de la Cour d'appel, a indiqué que, jusqu'à l'arrêt *White (1998)*, [TRADUCTION] « seul le comportement que l'accusé aurait adopté pour éviter d'être découvert et poursuivi ou à une fin semblable appelait une mise en garde spéciale. Il en est ainsi parce que, si l'on croit que l'accusé a voulu éviter d'être découvert ou d'être poursuivi, cet acte à lui seul peut étayer une conclusion de culpabilité. » (par. 129 (souligné dans l'original)). Si la question du comportement postérieur à l'infraction surgit plus fréquemment devant les tribunaux sous diverses formes, c'est peut-être parce que des poursuivants créatifs en font un usage plus audacieux. Comme l'a fait remarquer un commentateur, un peu à regret, [TRADUCTION] « [i] fut un temps où une



the only meaningful after-the-fact conduct for which defence counsel had to seek damage control at trial” but more recently, he points out, post-offence conduct evidence has spread to all manner of things: V. Rondinelli, “The Probative Force: Getting Inside the Guilty Mind and Keeping Out Equivocal Conduct” (2005), 26:3 *Criminal Lawyers’ Association Newsletter*, at p. 38. Whether or not a “special caution” is required will depend not on whether that evidence *alone* can support an inference of guilt but on the court’s appreciation of the risk of impermissible inferences in relation to the issues on which the prosecution in its jury address places reliance. As Weiler J.A. observed in *R. v. Peavoy* (1997), 34 O.R. (3d) 620 (C.A.): “The primary question is, ‘How is the after-the-fact conduct relevant?’” (p. 629).

[163] Evidence may be probative of one live issue but not another. In *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, for example, the accused was charged with first degree murder in connection with the killing of his stepfather. He was also charged with attempted murder for the shooting of his stepfather’s companion. His defence raised two issues: (i) he was not criminally responsible (“NCR”) because at the time of the shooting he was suffering from a mental disorder and (ii) he lacked the requisite intent to kill the victim. Part of the evidence at trial demonstrated that the accused had hidden the murder weapon (a shotgun) which, when recovered by police, was free of any fingerprints. Lamer C.J., recognizing that two “live” issues were in play, held with respect to the intent to murder that a “no probative value” instruction was required to avoid the risk of an impermissible inference. On the other hand, he considered the same post-offence evidence to be relevant to an assessment of the accused’s NCR defence. The evidence, he said,

preuve de fuite était le seul comportement après le fait significatif dont l’avocat de la défense devait tenter de limiter les effets négatifs au procès », mais depuis peu, souligne-t-il, la preuve du comportement postérieur à l’infraction s’est étendue à toutes sortes de choses : V. Rondinelli, « The Probative Force : Getting Inside the Guilty Mind and Keeping Out Equivocal Conduct » (2005), 26:3 *Criminal Lawyers’ Association Newsletter*, p. 38. La nécessité de faire une « mise en garde spéciale » ne dépendra pas de savoir si cette preuve peut ou non étayer à *elle seule* une conclusion de culpabilité, mais plutôt de l’appréciation que le tribunal fera du risque que le jury tire des inférences inacceptables relativement aux questions sur lesquelles s’appuie la poursuite en s’adressant au jury. Pour reprendre les propos de la juge Weiler dans *R. c. Peavoy* (1997), 34 O.R. (3d) 620 (C.A.) : [TRADUCTION] « La question principale est la suivante : “En quoi le comportement après le fait est-il pertinent?” » (p. 629).

[163] La preuve peut avoir une valeur probante à l’égard d’une question en litige, mais pas à l’égard d’une autre. Par exemple, dans *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, l’accusé était inculpé de meurtre au premier degré relativement à l’assassinat de son beau-père. Il était également inculpé de tentative de meurtre de la compagne de son beau-père, blessée par balle. Il a invoqué deux moyens dans sa défense : (i) sa responsabilité criminelle n’était pas engagée parce que, au moment de la fusillade, il était atteint de troubles mentaux, et (ii) il n’avait pas eu l’intention requise de tuer la victime. Une partie de la preuve au procès a démontré que l’accusé avait caché l’arme du crime (un fusil), qui ne portait aucune empreinte digitale lorsque la police l’a découverte. Reconnaissant que deux questions étaient « en litige », le juge en chef Lamer a statué, à l’égard de l’intention de commettre un meurtre, que le juge aurait dû, pour écarter le risque d’une conclusion inacceptable, donner au jury une directive selon laquelle cette preuve n’avait « aucune valeur probante ». Par contre, il a estimé que cette même preuve du comportement postérieur à l’infraction était pertinente quant à l’évaluation du moyen de défense de non-responsabilité criminelle invoqué par l’accusé. Il a affirmé ce qui suit :

had no probative value in relation to [the *actus reus* or identity issues]; it was, in effect, irrelevant to them.

However, unlike *Arcangioli*, *Marinero*, or *Charlette*, [(1992), 83 Man. R. (2d) 187 (C.A.)], the alleged attempt to hide the murder weapon and destroy evidence was relevant circumstantial evidence for the jury to consider in evaluating the appellant's "not criminally responsible" s. 16 defence. [Emphasis in original; paras. 49-50.]

See also *R. v. MacKinnon* (1999), 43 O.R. (3d) 378 (C.A.), at pp. 383-84.

[164] In *R. v. Cudjoe*, 2009 ONCA 543, 68 C.R. (6th) 86, Watt J.A. observed that "[e]vidence of after-the-fact conduct is typical of many items of evidence adduced in a criminal trial: it is evidence of limited admissibility. The trier of fact may use this evidence for one or more purposes but not for another or others. It follows that its introduction imposes on the trial judge in a jury trial the obligation to explain both the permitted and prohibited use of the evidence" (para. 81). This does not mean that in *all* instances of post-offence conduct such a limiting instruction is obligatory. The need will depend on the facts. Nevertheless, the cautionary point taken by Watt J.A., who had extensive practical experience as a trial judge dealing with criminal juries, is well taken.

C. *Evidence of Post-Offence Conduct, Where Urged by the Crown in Its Closing Address as Indicative of Guilt, Must Properly Relate to a Live Issue*

[165] For the most part, relevance should be considered in terms of "live issues". As Major J. commented in *White* (1998), at para. 26: "*Arcangioli* stands for the proposition that a piece of evidence should not be put to the jury unless it is relevant to the determination of a live issue in the case."

[166] In *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, LeBel J. noted that "[p]ost-offence conduct

. . . cette preuve n'avait aucune valeur probante relativement à [*l'actus reus* ou aux questions d'identité]; en fait, elle n'était pas pertinente à leur égard.

Toutefois, contrairement aux affaires *Arcangioli*, *Marinero* ou *Charlette* [(1992), 83 Man. R. (2d) 187 (C.A.)], la tentative alléguée de dissimuler l'arme du crime et de détruire des éléments de preuve était une preuve circonstancielle pertinente dont le jury devait tenir compte en évaluant le moyen de défense fondé sur la « non-responsabilité criminelle » que l'appelant avait invoqué en vertu de l'art. 16. [Souligné dans l'original; par. 49-50.]

Voir également *R. c. MacKinnon* (1999), 43 O.R. (3d) 378 (C.A.), p. 383-384.

[164] Dans *R. c. Cudjoe*, 2009 ONCA 543, 68 C.R. (6th) 86, le juge Watt a remarqué que [TRADUCTION] « [l]a preuve relative au comportement après le fait est typique de nombreux éléments de preuve présentés dans un procès criminel : l'admissibilité de cette preuve est limitée. Le juge des faits peut utiliser cette preuve à une ou plusieurs fins, mais non à d'autres. Par conséquent, la production de cette preuve dans un procès avec jury impose au juge l'obligation d'expliquer au jury ce qu'il peut en faire et ce qu'il ne peut pas en faire » (par. 81). Cela ne signifie pas que pareilles directives restrictives sont obligatoires dans *tous* les cas où le comportement postérieur à l'infraction est mis en preuve. Tout dépendra des faits. Néanmoins, la mise en garde du juge Watt, qui possédait une vaste expérience pratique de juge président des procès criminels avec jury, est judicieuse.

C. *La preuve du comportement postérieur utilisée par le ministère public dans sa plaidoirie finale comme un indicateur de culpabilité doit se rapporter à une question litigieuse*

[165] De façon générale, la pertinence devrait être appréciée au regard des « questions en litige ». Comme l'a indiqué le juge Major dans *White* (1998), au par. 26 : « L'arrêt *Arcangioli* établit qu'un élément de preuve ne doit être présenté au jury que s'il est pertinent aux fins de trancher un point litigieux dans l'affaire. »

[166] Dans *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, le juge LeBel a souligné que « [l]

may also be used to discredit a defence that relates to the accused person's state of mind at the time of the offence and that is therefore relevant to his or her ability to form the requisite intent for the offence, such as intoxication or the 'not criminally responsible' defence under s. 16" of the *Criminal Code* (para. 40 (citations omitted)). In *Jaw*, the post-offence conduct consisted of objective physical actions — the accused, after the killing, had reloaded his gun and told his common-law spouse as he headed outdoors that he intended to kill himself. Demeanour was not in issue.

[167] However, one of the problems with evidence of post-offence conduct of the sort we are dealing with here is that often the "inference sought . . . may be too equivocal for the evidence to be of any value" (D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5th ed. 2008), at p. 33). In *R. v. Figueroa*, 2008 ONCA 106, 58 C.R. (6th) 305, Doherty J.A. observed that "[w]hile it is for the jury to choose among reasonable inferences available from the evidence, the jury cannot be invited to draw speculative or unreasonable inferences" (para. 35). See also *Jaw*, at para. 39.

[168] The same thing, of course, could be said of circumstantial evidence provided by *pre-offence* conduct. If the evidence introduced in relation to a contentious issue has no probative value — or "value" that depends entirely on "speculative or unreasonable inferences" — it is irrelevant and should not be cluttering up the jury's deliberations. The question, as always, is what is the strength of the inferential link between the evidence in question and the fact sought to be established (*Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada* (3rd ed. 2009), at §2.58). In other situations the inferences urged by the prosecution from post-offence conduct are impermissible for legal reasons rather than illogicality. The right of a suspect

comportement de l'accusé postérieur à l'infraction peut également servir à discréditer les moyens de défense relatifs à l'état d'esprit de l'accusé au moment de la perpétration de l'infraction, qui peuvent donc influencer sur sa capacité de former l'intention requise pour commettre l'infraction, par exemple le moyen de défense fondé sur l'intoxication [. . .] et celui fondé sur la "non-responsabilité criminelle" que l'accusé peut invoquer en vertu de l'art. 16 » du *Code criminel* (par. 40 (citations omises)). Dans *Jaw*, la preuve du comportement postérieur à l'infraction concernait des actes concrets objectifs — après le meurtre, l'accusé avait rechargé son fusil et dit à sa conjointe en sortant à l'extérieur qu'il avait l'intention de se suicider. L'attitude de l'accusé n'était pas en cause.

[167] Toutefois, l'une des difficultés que pose le type de preuve du comportement postérieur à l'infraction en cause en l'espèce tient à ce que, souvent, [TRADUCTION] « les inférences recherchées [. . .] peuvent être trop équivoques pour que la preuve ait une valeur quelconque » (D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 33). Dans *R. c. Figueroa*, 2008 ONCA 106, [2008] 58 C.R. (6th) 305, le juge Doherty souligne que [TRADUCTION] « [b]ien qu'il lui appartienne de faire un choix parmi les inférences raisonnables pouvant découler de la preuve, le jury ne saurait être invité à tirer des inférences hypothétiques ou déraisonnables » (par. 35). Voir également *Jaw*, au par. 39.

[168] Bien entendu, on pourrait en dire autant de la preuve circonstancielle du comportement *antérieur* à l'infraction. Si la preuve relative à une question litigieuse n'a aucune valeur probante — ou a une « valeur » qui dépend entièrement d'« inférences hypothétiques ou déraisonnables », — elle n'est pas pertinente et ne devrait pas encombrer inutilement les délibérations du jury. La question consiste, comme toujours, à évaluer la force du lien inférentiel entre la preuve et le fait que l'on cherche à établir (*Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada* (3<sup>e</sup> éd. 2009), §2.58). Dans d'autres cas, les inférences qui, selon le ministère public, devraient être tirées du comportement postérieur à l'infraction sont inacceptables pour des

to remain silent is a frequent instance. *Turcotte* is one example. Another is *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293, where evidence was led that the accused refused to speak to police following his arrest on charges of conspiring to import cocaine. The Crown asked the accused, “[W]hy did you not tell the authorities as soon as you were arrested that it may look bad, but you have an explanation for why it looks so bad. Why didn’t you?” (p. 1312). Cory J., for the majority, held, citing Martin J.A. in an earlier case, “that a person charged with a criminal offence has the right to remain silent and a jury is not entitled to draw any inference against an accused because he chooses to exercise that right” (p. 1316 (emphasis added)). See *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.), at p. 227. The majority declined to apply the curative proviso and a new trial was ordered.

[169] In short, if the evidence is not capable of (or cannot as a matter of law be used for the purpose of) justifying the inference sought by the prosecution, the evidence should be excluded or, if already in the record, effectively withdrawn from the jury with a “no probative value” instruction.

#### D. *This Case Is Covered by Arcangioli*

[170] The question is whether this case has become a rerun of *Arcangioli* because the *actus reus* of the homicide was ultimately conceded. The only “live issue” before the jury was the intent (or lack of it) of the appellant to commit murder. In *Arcangioli*, the accused was charged with aggravated assault in connection with a stabbing which occurred during a fight. The accused admitted to punching the victim several times but testified that he fled when he saw another person on the scene stab the victim in the back. The trial judge instructed the jury that the evidence of the accused’s flight was a factor to be considered in reaching their verdict but that this evidence was not conclusive. Innocent people sometimes flee the scene of a crime. The

raisons juridiques et non parce qu’elles sont illogiques. Cela se produit fréquemment dans le cas du droit d’un suspect de garder le silence. L’affaire *Turcotte* en est un exemple, tout comme l’affaire *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, où il a été démontré que l’accusé avait refusé de parler à la police après son arrestation pour complot en vue d’importer de la cocaïne. Le ministère public a posé la question suivante à l’accusé : « [P]ourquoi n’avez-vous pas dit aux autorités dès votre arrestation que les choses paraissaient mal, mais que vous pouviez fournir une explication? Pourquoi ne l’avez-vous pas fait? » (p. 1312). Le juge Cory, s’exprimant au nom de la majorité et citant le juge Martin dans un arrêt précédent, a conclu « qu’une personne accusée d’une infraction criminelle [a] le droit de garder le silence et un jury n’a pas le droit de tirer une conclusion défavorable à l’accusé parce qu’il a choisi d’exercer ce droit » (p. 1316 (je souligne)). Voir *R. c. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.), p. 227. La majorité a refusé d’appliquer la disposition réparatrice et a ordonné la tenue d’un nouveau procès.

[169] Bref, si la preuve ne peut justifier (ou ne peut, en droit, être utilisée pour justifier) la conclusion recherchée par la poursuite, elle devrait être exclue ou, si elle a déjà été versée au dossier, le jury devrait en être dessaisi de fait par une directive précisant qu’elle n’a « aucune valeur probante ».

#### D. *L’arrêt Arcangioli s’applique*

[170] La question est de savoir si le présent dossier est devenu identique à l’affaire *Arcangioli* parce que l’*actus reus* de l’homicide a finalement été reconnu. La seule « question en litige » que le jury devait trancher était celle de l’intention (ou de l’absence d’intention) de l’appelant de commettre un meurtre. Dans *Arcangioli*, l’accusé était inculpé de voies de fait graves relativement à une agression à coups de couteau survenue au cours d’une bagarre. L’accusé a avoué avoir asséné plusieurs coups de poing à la victime, mais a témoigné avoir pris la fuite lorsqu’il a vu une autre personne sur les lieux poignarder la victime dans le dos. Le juge du procès a dit au jury que la preuve de la fuite de l’accusé était un facteur qu’il devait prendre en

accused was convicted. Defence counsel had not objected to the charge on this issue but this Court nevertheless ordered a new trial. The presiding judge should have told the jury that the accused's flight was equally consistent with both common assault and aggravated assault. Accordingly, the evidence was not logically probative of the only "live issue" and the "jury should have been warned against drawing any inference from the fact of flight" (p. 145 (emphasis added)).

[171] Where, as here and in *Arcangioli* itself, the participation of the accused in the killing is not a live issue for the jury, but it is only the "extent or legal significance of that participation" to which the Crown seeks to relate the evidence of post-offence conduct, a no probative value instruction may be warranted. As Major J. put it:

Such an instruction is most likely to be warranted where, as in *Arcangioli* itself, the accused has admitted to committing the *actus reus* of a criminal act but has denied a specific level of culpability for that act, or has denied committing some related offence arising from the same operative set of facts.

(*White (1998)*, at para. 28)

Thus a "no probative value" instruction like the one required in *Arcangioli* will be called for only "in limited circumstances" (*White (1998)*, at para. 27), i.e. where the post-offence conduct evidence urged by the Crown is not probative of a "live issue". In my view, the Crown's use of "no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part" invited the jury to draw "speculative or unreasonable inferences" (*Figueroa*, at para. 35). I therefore conclude that a limiting instruction was necessary, as in *Arcangioli*, on the basis of lack of probative value of the evidence in relation to a "live issue". Although *Arcangioli* did not deal with demeanour evidence, both this case and *Arcangioli* dealt with

considération en rendant son verdict, mais que cette preuve n'était pas concluante. Il arrive parfois que des personnes innocentes s'enfuient des lieux d'un crime. L'accusé a été reconnu coupable. L'avocat de la défense ne s'était pas opposé à l'exposé du juge sur cette question, mais notre Cour a néanmoins ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le juge du procès aurait dû dire au jury que la fuite de l'accusé était tout aussi compatible avec les voies de fait simples qu'avec les voies de fait graves. Par conséquent, la preuve n'était pas logiquement probante à l'égard de la seule « question en litige » et le « jury aurait dû être averti de ne tirer aucune conclusion de la fuite » (p. 145 (je souligne)).

[171] Lorsque, comme en l'espèce et dans l'affaire *Arcangioli*, la participation de l'accusé à l'homicide n'est pas une question litigieuse sur laquelle le jury doit se prononcer, mais que le ministère public cherche à lier la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction uniquement à « l'ampleur de cette participation ou [à] son incidence sur le plan légal », une directive précisant que cette preuve n'a aucune valeur probante peut être justifiée. Voici ce que dit le juge Major :

Une telle directive sera très probablement justifiée lorsque, comme dans l'affaire *Arcangioli*, l'accusé avoue avoir accompli l'*actus reus*, mais nie un degré de culpabilité donné à l'égard de cet acte ou nie avoir perpétré une infraction connexe découlant du même ensemble de faits considérés.

(*White (1998)*, par. 28)

Par conséquent, une directive selon laquelle un élément de preuve n'a « aucune valeur probante », comme celle exigée dans l'arrêt *Arcangioli*, ne s'impose que dans « certaines circonstances particulières » (*White (1998)*, par. 27), c'est-à-dire lorsque la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction soumise par le ministère public n'a pas de valeur probante à l'égard d'une « question en litige ». À mon avis, en prouvant que l'accusé avait fui [TRADUCTION] « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis », le ministère public a invité le jury [TRADUCTION] « à tirer des inférences hypothétiques ou déraisonnables » (*Figueroa*, par. 35). Je conclus donc qu'une directive restrictive

the evidence of post-offence conduct that was incapable of supporting the inference urged on the jury by the Crown.

[172] In any event, despite the Crown's reliance on demeanour prior to flight, the trial judge instructed the jury that they could make use of the evidence of flight itself as probative of intent, an inference directly prohibited by *Arcangioli*.

E. *Where the Post-Offence Conduct Is Relevant but the Prejudicial Effect Outweighs the Probative Value the Trial Judge Ought to Provide a Limiting Instruction*

[173] Where the prosecution oversteps the bounds of fairness by pushing evidence of post-offence conduct that is of arguable but peripheral probative value and unfairly prejudices an accused — in the sense that it is likely to distort the jury's fact-finding process by distracting it from the proper focus of its deliberations, or by simply blackening the character of the accused — the trial judge may exclude it or, if it is already admitted, give a no probative value instruction. In *White (1998)*, Major J. noted that where the "evidence cannot be said to be irrelevant to the issue in dispute, it might still be withdrawn from the jury by the trial judge on the basis that it is more prejudicial than probative" (para. 33). See also *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, and *R. v. B. (S.C.) (1997)*, 36 O.R. (3d) 516 (C.A.).

[174] Fish J.A. (as he then was) emphasized the trial judge's discretion to direct the jury to disregard unfairly prejudicial evidence in his dissenting

s'imposait, comme dans *Arcangioli*, en raison de l'absence de lien pertinent avec une « question en litige ». Certes, dans *Arcangioli*, il ne s'agissait pas d'une preuve d'attitude, mais tant la présente affaire que l'affaire *Arcangioli* mettaient en jeu une preuve du comportement postérieur à l'infraction qui ne pouvait servir de fondement à l'inférence que le ministère public suggérait au jury.

[172] Quoi qu'il en soit, bien que le ministère public se soit appuyé sur l'attitude de l'accusé avant sa fuite, le juge du procès a indiqué aux jurés qu'ils pouvaient utiliser la preuve de la fuite même comme preuve probante de l'intention, alors que l'arrêt *Arcangioli* interdit expressément cette inférence.

E. *Lorsque la preuve du comportement postérieur à l'infraction est pertinente, mais que son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante, le juge du procès doit donner une directive restrictive*

[173] Lorsque la poursuite outrepassé les limites de l'équité en présentant une preuve du comportement postérieur à l'infraction qui a peut-être une valeur probante, mais uniquement accessoire, et qui porte inévitavelmente préjudice à un accusé — en ce sens qu'elle risque de fausser le processus d'appréciation des faits par le jury en détournant son attention de l'objectif principal de ses délibérations, ou en ternissant simplement la réputation de l'accusé —, le juge du procès peut exclure cette preuve ou, si elle est déjà au dossier, donner une directive précisant qu'elle n'a aucune valeur probante. Dans *White (1998)*, le juge Major a indiqué que, même si « la preuve ne peut être jugée non pertinente relativement à la question en litige, elle pourra être soustraite à l'examen du jury par le juge du procès parce qu'elle est plus préjudiciable qu'elle n'est probante » (par. 33). Voir également *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, et *R. c. B. (S.C.) (1997)*, 36 O.R. (3d) 516 (C.A.).

[174] Dans *R. c. Bisson*, [1997] R.J.Q. 286 (C.A.), le juge Fish (maintenant juge à la Cour suprême du Canada), dissident, a rappelé que le juge du procès

judgment in *R. v. Bisson* (1997), 114 C.C.C. (3d) 154 (Que. C.A.):

If the judge is satisfied that the probative value of the evidence is outweighed by its prejudicial effect — for example, because the risk of mistaken reliance is especially acute — the evidence should likewise be excluded or withdrawn from the jury’s consideration . . . [p. 211]

Doherty and Rosenberg J.J.A. made a similar point in *B. (S.C.)*:

Conduct which is no more than unusual, rash or thoughtless can take on an unwarranted significance when viewed in hindsight at trial. The danger that after-the-fact conduct will be overemphasized by a trier of fact exists whether evidence of that conduct is offered by the Crown or the defence. That risk is best avoided by a judicious use of the power to exclude prejudicial evidence even though it has some probative value. [Emphasis added; p. 527.]

[175] In *R. v. Bennett* (2003), 67 O.R. (3d) 257 (C.A.), for example, an accused was charged with the first degree murder of an 18-year-old woman. The case against him was entirely circumstantial. The prosecution led extensive post-offence conduct evidence including the accused’s anger at being described as someone capable of killing the victim, his failure to make certain phone calls upon learning of the victim’s death and his failure to ask police about the identity of the victim (p. 259). McMurtry C.J.O. found that the trial judge erred in allowing the jury to consider post-offence conduct of such tenuous nature as simply to invite speculation to the prejudice of the accused. For this and other reasons the court ordered a new trial. See also *R. v. Baltrusaitis* (2002), 58 O.R. (3d) 161 (C.A.), and *R. v. Powell* (2006), 215 C.C.C. (3d) 274 (Ont. S.C.J.), at para. 35.

[176] Although in my view the demeanour description of “no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part” should have been the subject of a no probative value instruction, I would in

a le pouvoir discrétionnaire d’indiquer au jury de ne pas tenir compte de la preuve qui aurait un effet préjudiciable inévitabile :

[TRADUCTION] Si le juge est convaincu que l’effet préjudiciable de la preuve l’emporte sur sa valeur probante — par exemple parce que le jury risque fortement de s’y fier à tort — cette preuve devrait aussi être exclue ou soustraite à l’appréciation du jury . . . [p. 322]

Les juges Doherty et Rosenberg ont tenu des propos semblables dans *B. (S.C.)* :

[TRADUCTION] Le comportement qui n’est rien de plus qu’inhabituel ou irréfléchi peut revêtir une importance injustifiée lorsqu’il est examiné après coup au procès. Le juge des faits peut accorder une trop grande importance au comportement après le fait, peu importe que la preuve de ce comportement soit présentée par le ministère public ou par la défense. Le juge évitera ce risque en exerçant judicieusement son pouvoir d’exclure les éléments de preuve préjudiciables même s’ils ont une certaine valeur probante. [Je souligne; p. 527.]

[175] Par exemple, dans *R. c. Bennett* (2003), 67 O.R. (3d) 257 (C.A.), l’accusé a été inculpé du meurtre au premier degré d’une femme de 18 ans. La preuve qui pesait contre lui était entièrement circonstancielle. La poursuite a présenté de nombreux éléments de preuve relatifs au comportement de l’accusé après l’infraction, y compris sa colère lorsqu’il a été décrit comme une personne capable de tuer la victime, son omission de faire certains appels téléphoniques lorsqu’il a appris le décès de la victime et le fait qu’il n’a pas demandé à la police l’identité de la victime (p. 259). Le juge en chef McMurtry a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en permettant au jury de tenir compte d’une preuve du comportement postérieur à l’infraction tellement tenue qu’elle l’invitait à lancer des hypothèses préjudiciables à l’accusé. Voilà pourquoi, entre autres, la Cour d’appel a ordonné la tenue d’un nouveau procès. Voir également *R. c. Baltrusaitis* (2002), 58 O.R. (3d) 161 (C.A.), et *R. c. Powell* (2006), 215 C.C.C. (3d) 274 (C.S.J. Ont.), par. 35.

[176] Bien que, selon moi, la description de l’attitude de l’accusé qui aurait fui [TRADUCTION] « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis » aurait dû faire l’objet d’une directive précisant qu’elle

the alternative have held that the trial judge ought to have done so based on prejudice exceeding probative value.

[177] It might be argued that the Court ought not to consider this aspect of the rules governing jury instructions on an appeal as of right because Finch C.J.B.C.'s dissent concluded that the evidence was not probative at all, not that it was more prejudicial than probative. I do not think the Court should thus tie its hands in this way on an appeal as of right. I would characterize the scope of Finch C.J.B.C.'s dissent more broadly, as it is recorded in the order of the court below: "The nature of the error by the learned trial judge in his instructions to the jury regarding the circumstances of the Appellant's flight". Finch C.J.B.C. held that a limiting instruction ought to have been given in relation to the evidence of the "circumstances of the Appellant's flight". It is open to the appellant to support the legal conclusion of the dissent on any ground permitted by the circumstances of the case.

#### F. *The Disagreement With Rothstein J.*

[178] There is no doubt that post-offence conduct is a type of circumstantial evidence and that when it comes to the need for a limiting instruction much will depend on the facts. Rothstein J. concludes that the "admissibility of evidence of post-offence conduct and the formulation of limiting instructions should be governed by the same principles of evidence that govern other circumstantial evidence" (para. 31). In support of this proposition, Rothstein J. invokes the following passage from Major J. in *White (1998)*: "Evidence of post-offence conduct is not fundamentally different from other kinds of circumstantial evidence" (para. 21). Crucially, however, this passage from *White (1998)* is qualified as follows:

n'avait aucune valeur probante, j'aurais conclu, subsidiairement, que le juge du procès devait donner une directive à l'égard de cette preuve parce que son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante.

[177] On pourrait soutenir que la Cour n'a pas à examiner cet aspect des règles régissant les directives au jury dans le cadre d'un appel de plein droit, parce que, dans ses motifs de dissidence, le juge en chef Finch conclut que cette preuve n'a aucune valeur probante, et non que son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. Je ne crois pas que la Cour doive s'imposer pareille limite dans un appel de plein droit. Selon moi, la dissidence du juge en chef Finch porte sur une question plus large, si l'on se reporte au jugement formel de la juridiction inférieure : « La nature de l'erreur commise par le juge du procès dans ses instructions au jury au sujet des circonstances de la fuite de l'appelant ». Le juge en chef Finch a conclu qu'une directive restrictive aurait dû être donnée à l'égard de la preuve des « circonstances de la fuite de l'appelant ». L'appelant peut faire valoir la conclusion de droit sur laquelle porte la dissidence en invoquant tout motif justifié par le dossier.

#### F. *Désaccord avec le juge Rothstein*

[178] Il ne fait pas de doute que le comportement postérieur à l'infraction entre dans la catégorie des éléments de preuve circonstancielle et que la question de savoir si une directive restrictive s'impose dépendra largement des faits. Le juge Rothstein conclut, au sujet de la preuve du comportement postérieur à l'infraction que l'« admissibilité de cette preuve et la formulation de directives restrictives devraient obéir aux mêmes principes de preuve que les autres éléments de preuve circonstancielle » (par. 31). À l'appui de cette proposition, le juge Rothstein cite le passage suivant des motifs du juge Major dans *White (1998)* : « La preuve relative au comportement postérieur à l'infraction ne diffère pas fondamentalement des autres types de preuve circonstancielle » (par. 21). Or, il faut absolument signaler que le juge Major nuance ainsi ses propos dans *White (1998)* :



It has been recognized, however, that when evidence of post-offence conduct is introduced to support an inference of consciousness of guilt it is highly ambiguous and susceptible to jury error. As this Court observed in *Arcangioli*, the danger exists that a jury may fail to take account of alternative explanations for the accused's behaviour, and may mistakenly leap from such evidence to a conclusion of guilt. [para. 22]

[179] Major J. then goes on at para. 23 to describe the legal rules that have been adopted in specific response to these concerns. These rules may indeed be derivatives of the basic principles of circumstantial evidence applied to a particular context, but it is the particular area of concern identified in *Arcangioli* — not the general principles governing circumstantial evidence — that is at issue on this appeal.

[180] Put differently, it is not enough simply to evaluate whether evidence as to the appellant's "no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part" might be portrayed as relevant to the issue of murderous intent merely "as a matter of logic and human experience" (reasons of Rothstein J., at para. 36, see also para. 42). Rather, as already discussed, relevance depends on the evidence having probative value in relation to a live issue. If the post-offence evidence of demeanour is not probative, it is not relevant. As to probity, it is necessary to evaluate demeanour evidence having regard to the practical lessons that have accumulated in the courts over many years with respect to the potentially misleading nature of certain types of post-offence conduct. As a subset of post-offence conduct, use of evidence of post-offence demeanour ("outward behaviour or bearing", *Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004), at p. 400 "demeanour") has led to serious practical difficulties in cases such as the wrongful conviction of Guy Paul Morin and the Crown's ultimately unsuccessful prosecution of the nurse Susan Nelles.

Il est toutefois reconnu que la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction présentée à l'appui d'une conclusion de conscience de culpabilité crée une grande ambiguïté et est susceptible d'induire le jury en erreur. Comme l'a signalé notre Cour dans l'arrêt *Arcangioli*, le jury risque de ne pas prendre en considération les autres explications possibles du comportement de l'accusé et de se servir à tort de cet élément de preuve pour conclure immédiatement à la culpabilité. [par. 22]

[179] Le juge Major poursuit, au par. 23, en décrivant les règles de droit qui ont été adoptées précisément pour répondre à ces préoccupations. Ces règles peuvent en fait découler des principes de base régissant la preuve circonstancielle appliqués dans un contexte particulier, mais ce sont les sujets de préoccupation relevés dans *Arcangioli* — et non les principes généraux régissant la preuve circonstancielle — qui sont en litige dans le présent pourvoi.

[180] Autrement dit, il ne suffit pas de simplement déterminer si la preuve selon laquelle l'appellant a fui [TRADUCTION] « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis » pourrait être pertinente quant à la question de l'intention de commettre un meurtre « selon la logique et l'expérience humaine » (motifs du juge Rothstein, par. 36, voir également le par. 42). Comme nous l'avons vu, la pertinence dépend plutôt de la question de savoir si la preuve a une valeur probante relativement à une question en litige. Si la preuve relative à l'attitude postérieure à l'infraction n'est pas probante, elle ne sera pas pertinente. Et la valeur probante de la preuve relative à l'attitude doit être évaluée au regard de l'expérience pratique acquise par les tribunaux au fil des ans en ce qui concerne le risque que certains types de comportement postérieur à l'infraction induisent le jury en erreur. L'utilisation de la preuve relative à l'attitude postérieure à l'infraction (le *Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (2010), définit l'« attitude » notamment comme suit, à la p. 173 : « Manière de se tenir (et, par ext., Comportement) qui correspond à une certaine disposition psychologique », en tant qu'élément du comportement après le fait, a suscité de nombreuses difficultés sur le plan pratique, notamment dans le cas de la condamnation injustifiée de Guy Paul Morin et dans celui de la poursuite infructueuse de l'infirmière Susan Nelles.

[181] In this case, my colleague Rothstein J. acknowledges as irrelevant the fact of flight but he supports the Crown's argument about the appellant's demeanour ("no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part") as relevant and appropriate. This, in my view, invites the jury to draw a speculative and unreasonable inference of guilt of second degree murder. It seems to me every bit as plausible to conclude that a person in possession of an illegal handgun that has just shot a stranger — accidentally or otherwise — would run away as fast and far as he could without any hesitation at all.

[182] The bare fact of flight from the scene may be an objective fact. The same cannot be said of what a bystander interprets as a momentary lack of hesitation or absence of a demonstration of "shock" or "uncertainty". This type of evidence depends on the unspoken assumptions that hesitation is normal whereas an immediate reaction is abnormal, and that the conduct of the appellant fell below some assumed but unarticulated standard of procrastination (whatever the "standard" is). Moreover, this assumed departure from the assumed norm is said to give rise — potentially — to the further inference of murderous intent. The double inference is problematic, and relies on the type of subjective after-the-fact evaluation which experience has shown to be unreliable. As stated in the Kaufman Report, "[p]urported evidence of the accused's 'demeanour' as circumstantial evidence of guilt can be overused and misused. . . . The most innocent conduct and demeanour may appear suspicious to those predisposed by other events to view it that way" (pp. 1142-43).

[183] Attempting to ascertain an accused's state of mind from second-hand accounts of his or her demeanour after a traumatic event may well turn too much on subjective factors such as the accused's particular personality, his level of awareness of the circumstances and the cultural background of both the observer and the observed. One commentator

[181] Dans la présente espèce, mon collègue le juge Rothstein reconnaît que le fait que l'appelant a fui n'est pas pertinent, mais il retient l'argument du ministère public concernant l'attitude de l'appelant (sa manière de fuir [TRADUCTION] « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis ») vu sa pertinence et son à-propos. Selon moi, cette position invite le jury à tirer une inférence hypothétique et déraisonnable de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Il me semble tout aussi plausible de conclure qu'une personne en possession d'un pistolet illégal avec lequel un inconnu vient d'être abattu — accidentellement ou non — se sauverait aussi vite et aussi loin que possible, sans hésiter le moindrement.

[182] Pris isolément, le simple fait que l'accusé a fui les lieux du crime peut être un fait objectif. Il en va autrement d'éléments qu'un observateur interprète comme le défaut d'hésiter momentanément, ou de se montrer « bouleversé » ou « indécis ». Ce genre de preuve repose sur des suppositions non exprimées voulant qu'il soit normal d'hésiter, mais anormal de réagir instantanément et que le comportement de l'appelant déroge à une norme de procrastination présumée, mais non énoncée (quelle que soit cette « norme »). De plus, on dit que cette présumée dérogation à la norme présumée justifie — potentiellement — une autre inférence selon laquelle l'accusé avait l'intention de commettre un meurtre. Cette double inférence pose problème et s'appuie sur le type d'appréciation subjective après les faits dont l'expérience a démontré la non-fiabilité. Comme le mentionne le rapport Kaufman, « [i] est possible de surutiliser et de mal utiliser une présumée preuve fondée sur le "comportement" de l'accusé en tant que preuve circonstancielle de culpabilité. [. . .] Le comportement le plus innocent peut paraître suspect aux personnes que d'autres faits prédisposent à l'interpréter ainsi » (p. 1315).

[183] Tenter d'établir l'état d'esprit d'un accusé à partir de renseignements de seconde main concernant son attitude après un événement traumatisant risque fort de dépendre dans une trop large mesure de facteurs subjectifs comme la personnalité de l'accusé, son degré de conscience et le milieu socio-culturel de la personne qui observe et de celle qui

cited with approval in the Kaufman Report, at pp. 1145-46, makes the point as follows:

... while departure from the stereotype might legitimately arouse the suspicions of investigators, an inference of guilt can not be safely drawn from it. . . . The most that can be said is that the accused's emotional responses to the event appeared to be unusual. Guilt would, of course, be one explanation for the apparently unusual nature of the accused's responses; but another equally plausible one would be that the accused's *general* emotional responses or levels of expressiveness differed from the norm. Without recourse to a battery of psychological testing, or the admission of a host of evidence about how the accused had responded in other, comparable, situations (if indeed any could be found), it is difficult to see how the jury could ever eliminate this possible explanation.

(A. Palmer, "Guilt and the Consciousness of Guilt: The Use of Lies, Flight and other 'Guilty Behaviour' in the Investigation and Prosecution of Crime" (1997), 21 *Melbourne U. L. Rev.* 95, at p. 142 (underlining added))

[184] In support of his position to leave it all to the jury's good sense, Rothstein J., at para. 56, cites *Corbett*, but of course in *Corbett* it was held by Dickson C.J. that the use the Crown could make of an accused's criminal record *should* be limited by a "clear instruction":

In my view, the best way to balance and alleviate these risks is to give the jury all the information, but at the same time give a clear direction as to the limited use they are to make of such information. Rules which put blinders over the eyes of the trier of fact should be avoided except as a last resort. It is preferable to trust the good sense of the jury and to give the jury all relevant information, so long as it is accompanied by a clear instruction in law from the trial judge regarding the extent of its probative value. [Emphasis added; p. 691.]

There was no such "clear direction" in this case.

est observée. Un commentateur, cité dans le rapport Kaufman, aux p. 1318-1319, dit ce qui suit à ce sujet :

[TRADUCTION] ... bien qu'un comportement ne correspondant pas aux stéréotypes puisse légitimement soulever les doutes des enquêteurs, une conclusion de culpabilité ne peut raisonnablement pas en être déduite. [ . . . ] Le maximum que l'on puisse dire est que les réactions émotionnelles de l'accusé à l'événement semblaient inhabituelles. La culpabilité serait, bien entendu, l'une des explications possibles des comportements apparemment inhabituels de l'accusé; mais on pourrait aussi logiquement expliquer ce comportement en disant que les réponses émotionnelles *générales* de l'accusé ou ses niveaux d'expression diffèrent de la norme. Sans recourir à un éventail d'examen psychologiques ou à l'admission de preuves sur la façon dont l'accusé avait réagi dans d'autres situations comparables (si vraiment on peut en trouver), il est difficile de voir comment le jury pourrait éliminer cette explication possible.

(A. Palmer, « Guilt and the Consciousness of Guilt : The Use of Lies, Flight and other "Guilty Behaviour" » (1997), 21 *Melbourne U. L. Rev.* 95, p. 142 (je souligne))

[184] Pour justifier de s'en remettre au bon sens des jurés, le juge Rothstein cite, au par. 56 de ses motifs, un extrait de l'arrêt *Corbett*. Toutefois, le juge Dickson indique clairement dans cet arrêt que l'utilisation par le ministère public du casier judiciaire d'un accusé *devrait* faire l'objet de « directives claires » :

À mon avis, la meilleure façon de réaliser l'équilibre et d'atténuer ces risques est de fournir au jury des renseignements complets, mais de lui donner, en même temps, des directives claires quant à l'usage limité qu'il doit faire de ces renseignements. Les règles qui imposent des restrictions aux renseignements pouvant être portés à la connaissance du juge des faits devraient être évitées sauf en dernier recours. Il vaut mieux s'en remettre au bon sens des jurés et leur donner tous les renseignements pertinents, à condition que ceux-ci soient accompagnés de directives claires dans lesquelles le juge du procès précise les limites de leur valeur probante en droit. [Je souligne; p. 691.]

Dans le présent dossier, le jury n'a pas reçu de telles « directives claires ».

[185] In summary, my view is that the courts should continue to draw on their experience with evidence of post-offence conduct — especially where it involves post-offence “demeanour evidence” — and instruct juries with this experience in mind, just as is done by judges with the evidence of jailhouse informants, criminal records, eye-witness identification and evidence of uncharged misconduct (i.e. similar fact evidence). Of course, every argument about the need (or not) of a limiting instruction turns on the facts of the case. I therefore turn to the application of these principles to the facts here.

#### VI. Application to the Facts

[186] The evidence of the appellant’s conduct after the shooting was certainly not used simply as part of the narrative: *Turcotte*, at para. 58. It was directed to a clear issue. Did the purported observation of “no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part” tend to make more likely or less likely the existence of the specific intent necessary to support a verdict of second degree murder? The trial judge correctly charged the jury about the intent required:

... the Crown must establish that Mr. White intended either A, to kill Mr. Matasi. Or B, to cause Mr. Matasi bodily harm that he knew was likely to kill Mr. Matasi and was reckless whether Mr. Matasi died or not. Reckless in this context means that Mr. White could see or foresee the risk that Mr. Matasi could die from the injury but went ahead anyway and took that chance.

The appellant, having conceded his unlawful killing of Mr. Matasi, was guilty at least of manslaughter. The step up from manslaughter to second degree murder is a serious matter. The appellant was entitled to have the jury charged fairly with

[185] Bref, je suis d’avis que les tribunaux devraient continuer de s’appuyer sur leur expérience concernant l’utilisation de la preuve du comportement postérieur à l’infraction — plus particulièrement lorsqu’il s’agit de la « preuve de l’attitude » de l’accusé après l’infraction — et donner des directives au jury, en tenant compte de cette expérience, comme le font les juges en ce qui concerne les témoignages des informateurs dans un établissement de détention, la preuve relative au casier judiciaire de l’accusé, la preuve d’identification par témoin oculaire et la preuve relative à une conduite répréhensible n’ayant pas fait l’objet d’une accusation (c.-à-d. la preuve de faits similaires). Bien sûr, tout argument relatif à la nécessité de donner (ou non) des directives restrictives est fonction des faits de l’espèce. Je passe donc à l’application de ces principes aux faits de la présente affaire.

#### VI. Application aux faits

[186] La preuve du comportement de l’appellant après le coup de feu n’a certainement pas été utilisée simplement en tant que partie de l’exposé des faits : *Turcotte*, par. 58. Elle portait sur une question claire. La preuve selon laquelle l’accusé aurait fui [TRADUCTION] « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis » tendait-elle à rendre plus probable ou moins probable l’existence de l’intention spécifique requise pour justifier un verdict de meurtre au deuxième degré? Le juge du procès a donné des directives correctes au jury concernant l’intention requise :

[TRADUCTION] ... le ministère public doit établir que M. White avait l’intention a) de tuer M. Matasi, ou b) de lui causer des lésions corporelles qu’il savait être de nature à causer sa mort, et qu’il lui était indifférent qu’il meure ou non. L’indifférence dans ce contexte signifie que M. White pouvait voir ou prévoir le risque que M. Matasi meure de ses blessures, mais a tout de même agi et pris ce risque.

Ayant admis avoir causé illégalement la mort de M. Matasi, l’appellant était à tout le moins coupable d’homicide involontaire coupable. Passer d’une condamnation pour homicide involontaire coupable à une condamnation pour meurtre au deuxième

respect to the evidence available to the Crown to prove murderous intent beyond a reasonable doubt.

[187] In these circumstances the applicable approach was set out by this Court in *Arcangioli* and in *R. v. Marinaro*, [1996] 1 S.C.R. 462, where the Court explicitly adopted the dissenting judgment of Dubin C.J.O. in the court below ((1994), 95 C.C.C. (3d) 74), who wrote:

Once the appellant had admitted at trial that he had caused the death of the deceased, however, such evidence [of post-offence conduct] had very limited application. It had no application in determining whether the offence committed by the appellant was either murder or manslaughter. [Emphasis added; p. 81.]

[188] Nevertheless, Crown counsel sought to distinguish *Arcangioli* and *Marinaro* by urging the jury to rely on some subjective observations about “no hesitation here, no shock, no uncertainty”. He put his point to the jury in this way:

Note as well that the accused ran immediately after the shooting. There is no hesitation here, no shock, no uncertainty on his part, just immediate flight. One would expect hesitancy if the shot was anything other than the intended action of Dennis White. [Emphasis added.]

The Crown’s confident pronouncement that “[o]ne would expect hesitancy” presupposes some sort of “normal” reaction time for the appellant in the circumstances of an accident. However, the appellant’s alleged failure to register shock or uncertainty is entirely subjective and open to interpretation (unlike the physical actions and statements at issue in *Jaw*). The trial judge paraphrased but did not correct the Crown’s exhortation:

The Crown lastly noted that the accused ran away with no apparent hesitation or confusion, which suggests that what happened is what he intended to happen. This, the

degré est lourd de conséquences. L’appelant avait droit à ce que le jury reçoive des directives appropriées concernant la preuve que le ministère public pouvait utiliser pour établir, hors de tout doute raisonnable, l’intention de commettre un meurtre.

[187] Dans une situation semblable, l’approche applicable est celle qui a été établie par notre Cour dans *Arcangioli* et dans *R. c. Marinaro*, [1996] 1 R.C.S. 462, où elle a expressément adopté l’opinion dissidente de la juridiction inférieure, exprimée par le juge en chef Dubin, de l’Ontario ((1994), 95 C.C.C. (3d) 74), qui a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Toutefois, à partir du moment où l’appelant avoue pendant le procès qu’il a causé la mort de la victime, cette preuve [du comportement postérieur à l’infraction] a très peu de pertinence. Elle ne permet pas de déterminer si l’appelant est coupable de meurtre ou d’homicide involontaire coupable. [Je souligne; p. 81.]

[188] Néanmoins, le ministère public a tenté de distinguer la présente affaire des affaires *Arcangioli* et *Marinaro* en pressant le jury de s’appuyer sur des observations subjectives concernant le fait que l’accusé avait fui [TRADUCTION] « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis ». Il a présenté sa thèse au jury comme suit :

[TRADUCTION] Notez également que l’accusé s’est enfui tout de suite après le coup de feu. Il a fui sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis, juste fui sur-le-champ. On se serait attendu à ce que Dennis White hésite si le coup de feu n’avait pas été intentionnel. [Je souligne.]

L’affirmation catégorique du ministère public selon laquelle [TRADUCTION] « [o]n se serait attendu à ce [qu’il] hésite » presuppose qu’il existe un temps de réaction « normal » quelconque pour l’appelant dans le contexte d’un accident. Toutefois, l’absence prétendue d’émoi ou d’indécision de la part de l’appelant est entièrement subjective et sujette à interprétation (contrairement aux paroles et aux actes concrets dont il était question dans *Jaw*). Le juge du procès a paraphrasé le raisonnement prôné par le ministère public, sans le corriger :

[TRADUCTION] Le ministère public a finalement indiqué que l’accusé s’était enfui sans hésitation ou confusion apparentes, ce qui donne à croire qu’il voulait

Crown suggested, indicates intention by one of the two ways possible for murder.

In fact, far from limiting the Crown's submission, the trial judge seemingly endorsed the possibility of the jury drawing a legitimate inference of murderous intent from the simple fact of flight itself:

To determine Mr. White's state of mind, that is what he actually meant to do, you must consider all the evidence. You should consider what you conclude Mr. White did throughout the course of the events leading up to and following the shooting of Mr. Matasi. . . .

You may consider Mr. White's post-event conduct in fleeing the scene, but you should also be careful with it. [Emphasis added.]

At this point, the trial judge does not allude to the distinction made by the Crown between the simple fact of flight and the demeanour of the appellant immediately *prior* to flight ("no hesitation here, no shock, no uncertainty"). The trial judge refers to the fact of "flight" generally. He continues:

[Fleeing the scene] may not tell you much more than that for any number of reasons he would be in some kind of trouble if he stayed at the scene and it may not be of much assistance in assessing his precise state of mind at the time the gun was fired. That is for you to assess and consider. [Emphasis added.]

[189] The instruction was incorrect, in my opinion. It was *not* open to the jury to leap from "fleeing the scene" to murderous intent. As to the demeanour argument relied on by the Crown, in my view it invited a speculative and unreasonable finding of murderous intent. It was not probative of intent and was therefore irrelevant.

réellement que les événements qui se sont produits se produisent. Selon le ministère public, cela indique de l'une des deux manières possibles qu'il avait l'intention requise pour être déclaré coupable de meurtre.

En fait, loin de restreindre la portée de l'observation du ministère public, le juge du procès a vraisemblablement renforcé la possibilité que le jury conclue légitimement à l'intention de commettre un meurtre à partir du simple fait de la fuite :

[TRADUCTION] Pour déterminer l'état d'esprit de M. White, c'est-à-dire ce qu'il avait réellement l'intention de faire, vous devez examiner tous les éléments de preuve. Vous devez tenir compte de ce que M. White a fait, selon vous, tout au long des événements menant au coup de feu reçu par M. Matasi et après le coup de feu. . . .

Vous pouvez tenir compte du comportement que M. White a adopté après l'événement en fuyant le lieu du crime, mais vous devez utiliser cette preuve avec prudence. [Je souligne.]

À ce moment-là, le juge du procès ne fait aucune allusion à la distinction que fait le ministère public entre le simple fait que l'appelant a pris la fuite et son attitude juste *avant* qu'il fuie ([TRADUCTION] « sans hésiter, ni se montrer bouleversé ou indécis »). Le juge du procès parle de la « fuite » en général. Il ajoute :

[TRADUCTION] Il se peut [que la preuve du comportement qu'il a adopté en fuyant] ne démontre rien de plus que, pour différentes raisons, l'appelant aurait eu des ennuis s'il était resté sur les lieux. Il se peut également qu'elle ne soit pas très utile pour évaluer son état d'esprit précis au moment où le coup de feu a été tiré. C'est à vous d'analyser et d'apprécier cette preuve. [Je souligne.]

[189] À mon avis, cette directive était incorrecte. Le jury *ne* pouvait *pas*, à partir de la preuve du comportement que l'appelant a adopté « en fuyant le lieu du crime », conclure immédiatement qu'il avait l'intention de commettre un meurtre. En ce qui a trait à l'argument relatif à l'attitude de l'accusé, avancé par le ministère public, j'estime qu'il ouvrait la porte à une conclusion hypothétique et déraisonnable quant à l'existence de l'intention de commettre un meurtre. La preuve de l'attitude de l'accusé n'avait pas de valeur probante relativement à l'intention et elle n'était donc pas pertinente.

[190] On this point, Rothstein J. (at para. 77) argues that lack of hesitation is actually not demeanour evidence at all, but an objective fact from which a subjective interpretation, i.e. lack of shock or surprise, is an available inference. With respect, the issue is not whether there is an objective component but whether the evidence taken in context is probative of the prosecution's case. In *Bennett*, for example, the Ontario Court of Appeal characterized a series of "objective facts" as "demeanour evidence that is highly suspect and easily misinterpreted" as follows:

... the trial judge should not have left three of these items of evidence with the jury as evidence from which they could infer consciousness of guilt: the appellant's anger at being described as someone capable of killing the victim, his failure to make certain phone calls and his failure to ask police if Jennifer was the victim. These forms of conduct are examples of demeanour evidence that is highly suspect and easily misinterpreted. [Emphasis added; para. 118.]

While this decision treats the idea of demeanour evidence rather broadly, it usefully reinforces the underlying principle that is of concern here, namely that the jury should not be invited to draw unequivocal inferences from equivocal conduct based on attributed motives and subjective interpretations (or misinterpretations) of (in this case) physical reactions. Such evidence does not provide a safe hook on which to hang a conviction for second degree murder.

[191] Moreover, as Finch C.J.B.C. observed in his dissent, "[b]ecause the accused's lack of hesitation and instantaneous flight are equally explainable by the consciousness of more than one offence, the conduct has no probative value in relation to intent" (para. 77). I agree with this conclusion. Different people react differently to traumatic events. It is entirely speculative to suggest that everyone who intends to commit murder will immediately flee, while everyone who accidentally kills another through unlawful acts without murderous intent will hesitate before fleeing despite being in flagrant

[190] Sur cette question, le juge Rothstein affirme, au par. 77, que l'absence d'hésitation ne constitue en fait aucunement une preuve d'attitude, mais un fait objectif qu'il est possible d'interpréter subjectivement pour inférer que l'accusé n'était ni bouleversé, ni surpris. Soit dit en toute déférence, la question n'est pas de savoir s'il existe un élément objectif, mais si la preuve, prise dans son contexte, démontre la thèse de la poursuite. Dans *Bennett*, par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario a qualifié une série de faits « objectifs » de « preuve d'attitude très suspecte qui peut facilement être mal interprétée » :

[TRADUCTION] ... le juge du procès n'aurait pas dû laisser à l'appréciation des jurés trois de ces éléments de preuve à partir desquels ils pouvaient tirer une inférence de conscience coupable : la colère de l'appelant lorsqu'il a été décrit comme une personne capable de tuer la victime, son omission de faire certains appels téléphoniques et le fait qu'il n'a pas demandé aux policiers si Jennifer était la victime. Ces formes de comportement sont des exemples de preuve d'attitude très suspecte qui peut facilement être mal interprétée. [Je souligne; par. 118.]

Bien que cette décision traite la notion de preuve relative à l'attitude de façon assez générale, elle renforce à juste titre le principe sous-jacent voulant que le jury ne doive pas être invité à tirer des inférences non équivoques d'un comportement équivoque sur le fondement de suppositions sur les raisons (en l'occurrence) de réactions physiques interprétées (ou mal interprétées) subjectivement. Ce type de preuve ne fournit pas d'assise solide à un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré.

[191] De plus, comme le juge en chef Finch l'a souligné dans sa dissidence : [TRADUCTION] « Puisque l'absence d'hésitation et la fuite instantanée de l'accusé peuvent s'expliquer par la conscience de culpabilité tant à l'égard d'une infraction qu'à l'égard d'une ou plusieurs autres, ce comportement n'a aucune valeur probante quant à l'intention » (par. 77). Je souscris à cette conclusion. Des personnes différentes réagissent différemment à un événement traumatisant. Dire que celui qui avait l'intention de commettre un meurtre prendra immédiatement la fuite et que celui qui a tué

possession of the unlawful handgun that did the killing. The Crown asked the jury to draw “speculative or unreasonable inferences” on the issue of the specific intent (*Figueroa*, at para. 35) and, in my view, the jury ought to have been instructed that the evidence of flight *and* the pre-flight demeanour was of no probative value on the issue of murderous intent.

*A. Failure of Defence Counsel to Object to the Judge’s Jury Instruction*

[192] The Crown urges in this case, as it did in *Arcangioli* and *Jacquard*, the significance of the failure of defence counsel to object to this aspect of the charge at trial. In some circumstances this is a cogent consideration. In *Thériault v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 336, Dickson J. (as he then was) expressed the view at pp. 343-44 that “[a]lthough by no means determinative, it is not irrelevant that counsel for the accused did not comment, at the conclusion of the charge, upon the failure of the trial judge to direct the attention of the jury to the evidence”.

[193] There are certainly cases in which the impact of events unfolding at trial is not clear from a transcript, and the failure of experienced defence counsel to object may suggest that the errors now alleged were seen, in context, as harmless. In other situations the failure to object may of course be tactical, as where in the defence counsel’s view a correction may be more damaging than letting the error pass in silence. Nevertheless, “the jury charge is the responsibility of the trial judge and not defence counsel” (*Jacquard*, at para. 37). The gravity of the error is a valid consideration for appellate interference.

[194] The appellant was not entitled to a perfect trial but he was entitled to a fair trial, and the

accidentellement quelqu’un, sans intention meurtrière, hésitera avant de s’enfuir, même s’il est en possession flagrante de l’arme illégale qui a causé la mort de la victime, relève de la pure conjecture. Le ministère public a demandé au jury de tirer [TRADUCTION] « des inférences hypothétiques ou déraisonnables » sur la question de l’intention spécifique (*Figueroa*, par. 35) et, à mon avis, le jury aurait dû recevoir des directives précisant que la preuve de la fuite *et* de l’attitude de l’accusé avant sa fuite n’a aucune valeur probante quant à l’existence de l’intention de commettre un meurtre.

*A. Défaut de l’avocat de la défense de s’opposer aux directives que le juge a données au jury*

[192] En l’espèce le ministère public insiste, comme il l’avait fait dans *Arcangioli* et *Jacquard*, sur le fait que l’avocat de la défense ne s’est pas opposé à cet aspect de l’exposé lors du procès. Dans certains cas, il s’agit d’un facteur convaincant. Dans *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a affirmé, aux p. 343 et 344, que « [b]ien que ce ne soit pas concluant, il n’est pas sans importance de remarquer que l’avocat de l’accusé n’a fait aucun commentaire, à la fin de l’exposé, sur l’omission du juge du procès d’attirer l’attention du jury sur les témoignages ».

[193] Il existe certainement des cas où l’incidence d’événements survenus lors du procès ne ressort pas clairement de la transcription, et le fait qu’un avocat de la défense chevronné n’ait pas soulevé d’objection peut indiquer que les erreurs maintenant invoquées ont été perçues, en contexte, comme inoffensives. Bien entendu, dans d’autres situations, la décision de ne pas s’opposer peut être prise à des fins stratégiques, notamment lorsque l’avocat de la défense estime qu’il serait plus dommageable de corriger l’erreur que de la passer sous silence. Quoi qu’il en soit, « l’exposé au jury est la responsabilité du juge du procès et non de l’avocat de la défense » (*Jacquard*, par. 37). La gravité de l’erreur est un facteur valable pour justifier l’intervention d’une cour d’appel.

[194] L’appelant n’avait pas droit à un procès parfait, mais il avait droit à un procès équitable, et le



failure of his trial counsel to object should not deny him relief. The error went to the heart of the only “live issue” remaining in the case.

#### B. *The Curative Proviso Is Not Applicable*

[195] While the B.C. Court of Appeal (unlike my colleague Rothstein J.) was unanimous in its view that the trial judge had erred in his instruction to the jury, the majority applied the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) on the basis that the error of law did not occasion any substantial wrong or miscarriage of justice.

[196] The case law under the curative proviso was recently reviewed by the Court in *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716, and *R. v. Illes*, 2008 SCC 57, [2008] 3 S.C.R. 134. The general rule is that the proviso can only be invoked with respect to “errors of a minor nature having no impact on the verdict” or “serious errors which would justify a new trial, but for the fact that the evidence adduced was seen as so overwhelming that the reviewing court concludes that there was no substantial wrong or miscarriage of justice”. By “overwhelming” it is meant that “a trier of fact would inevitably convict” (*Illes*, at para. 21): see *R. v. Charlebois*, 2000 SCC 53, [2000] 2 S.C.R. 674, at para. 11; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 26; and *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239, at para. 81.

[197] It cannot, in my respectful view, be said that the prosecution’s case for second degree murder was overwhelming. The evidence of eyewitnesses was conflicting, both in detail and even in their general recollections of the fight that preceded the shooting. The forensic evidence of the angle at which the fatal bullet entered the victim was helpful to the Crown but was scarcely decisive. In summary, the jury had little to work with in finding a way to choose between the hand to hand combat scenario (suggesting manslaughter) and the downwards shooting of an individual already on the ground with his legs “splayed out in front”

défaut de son avocat de soulever une objection lors du procès ne devrait pas le priver d’une réparation. L’erreur concernait directement la seule « question en litige » en l’espèce.

#### B. *La disposition réparatrice ne s’applique pas*

[195] Bien que, contrairement au juge Rothstein, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique ait conclu, à l’unanimité, que le juge du procès avait commis une erreur dans son exposé au jury, elle a décidé, à la majorité, d’appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) au motif que l’erreur de droit n’avait pas engendré de tort important ni d’erreur judiciaire grave.

[196] La jurisprudence sur l’application de la disposition réparatrice a été examinée récemment par notre Cour dans *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716, et *R. c. Illes*, 2008 CSC 57, [2008] 3 R.C.S. 134. En règle générale, cette disposition peut uniquement être invoquée à l’égard des « erreurs négligeables qui n’ont aucune incidence sur le verdict » ou des « graves erreurs qui justifieraient la tenue d’un nouveau procès, si ce n’était que la cour d’appel juge la preuve présentée accablante au point de conclure qu’aucun tort important ni erreur judiciaire grave ne s’est produit ». La preuve est « accablante » lorsque « le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité » (*Illes*, par. 21) : voir *R. c. Charlebois*, 2000 CSC 53, [2000] 2 R.C.S. 674, par. 11; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 26; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239, par. 81.

[197] À mon avis, la preuve de meurtre au deuxième degré présentée par la poursuite ne saurait être considérée comme accablante. Les témoignages des témoins oculaires étaient contradictoires, tant sur le plan des détails que sur le plan de leurs souvenirs généraux de la bagarre qui a précédé le coup de feu. La preuve criminalistique concernant l’angle dans lequel la balle mortelle a pénétré dans la victime était dans une certaine mesure la thèse du ministère public, mais elle n’était guère déterminante. Bref, le jury disposait de peu d’éléments lui permettant de choisir entre un combat corps à corps (laissant croire à un homicide involontaire) et

(which might suggest second degree murder). In these elusive circumstances, post-offence conduct of reaction time and demeanour took on considerable importance, which is why, no doubt, the Crown laid emphasis on it in its closing argument. Finch C.J.B.C. succinctly summarized his reasons for declining to apply the curative proviso as follows:

I am unable to say that there is no reasonable possibility that the verdict would have been different had the jury been told that the evidence of the appellant's post-offence conduct could not be used to resolve the issue of intent. That issue was, I repeat, in effect, the only live issue the jury had to consider. It cannot safely be concluded that the uncorrected invitation by the Crown to infer intent on the basis of the appellant's immediate flight, combined with the judge's review of the Crown's position, his failure to give a "no probative value" instruction, and his instruction linking the evidence of post-offence conduct to the mental element, could not have affected the outcome of the appellant's trial. [para. 100]

I agree the error was not harmless. The curative proviso should have no application.

#### VII. Disposition

[198] I would allow the appeal and order a new trial.

*Appeal dismissed, McLACHLIN C.J. and BINNIE and FISH JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Peck and Company, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

un coup de feu tiré sur un homme qui était déjà au sol, les jambes « écartées devant lui » (pouvant laisser croire à un meurtre au deuxième degré). Dans ces circonstances incertaines, le comportement de l'accusé après l'infraction en ce qui concerne son temps de réaction et son attitude a pris énormément d'importance, ce qui explique sans doute pourquoi le ministère public a insisté sur cette preuve dans sa plaidoirie finale. Le juge en chef Finch a expliqué brièvement son refus d'appliquer la disposition réparatrice :

[TRADUCTION] Je ne peux conclure qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si le jury avait été informé que la preuve du comportement de l'appelant après l'infraction ne pouvait être utilisée pour trancher la question de l'intention. Je le répète, cette question était la seule question en litige que le jury devait examiner. On ne saurait conclure sans risque d'erreur que le fait que le juge n'a pas corrigé l'exhortation du ministère public à conclure à l'intention sur le fondement de la fuite immédiate de l'appelant, conjugué à la façon dont il a passé en revue la thèse du ministère public, au fait qu'il n'a pas donné de directive précisant que la preuve du comportement postérieur à l'infraction n'avait « aucune valeur probante » et au fait qu'il a donné une directive liant cette preuve à l'élément mental, n'aurait pas pu influencer sur l'issue du procès de l'appelant. [par. 100]

Je suis d'accord pour dire que l'erreur n'était pas inoffensive. La disposition réparatrice ne devrait pas trouver application.

#### VII. Dispositif

[198] J'aurais accueilli le pourvoi et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

*Pourvoi rejeté, la juge en chef McLACHLIN et les juges BINNIE et FISH sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant : Peck and Company, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**S.D.** *Respondent***INDEXED AS: R. v. S.D.****2011 SCC 14**

File No.: 33842.

Hearing and judgment: March 17, 2011.

Dissenting reasons delivered: March 21, 2011.

Present: Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC***Criminal law — Sexual interference — Indictment — Time of offence — Accused convicted of committing offence on date other than one referred to in indictment — Fairness of trial not affected.*

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Pelletier, Morissette and Duval Hesler J.J.A.), 2010 QCCA 1418, SOQUIJ AZ-50662831, [2010] J.Q. n° 7507 (QL), 2010 CarswellQue 7903, setting aside the accused's conviction and ordering a new trial. Appeal allowed, Fish J. dissenting.

*Joey Dubois and Mylène Grégoire*, for the appellant.

*Robert Jr. Poirier*, for the respondent.

English version of the judgment of Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. delivered orally by

[1] BINNIE J. — The majority of the Court would allow the appeal, Fish J. dissenting. The main issue in this appeal is whether the trial judge erred in law in convicting the respondent, who was charged with sexual interference with his daughter, on the basis

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**S.D.** *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. S.D.****2011 CSC 14**

N° du greffe : 33842.

Audition et jugement : 17 mars 2011.

Motifs dissidents déposés : 21 mars 2011.

Présents : Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein et Cromwell.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC***Dr. criminel — Contacts sexuels — Acte d'accusation — Date de l'infraction — L'accusé a été déclaré coupable d'avoir commis l'infraction à une autre date que celle visée par l'acte d'accusation — L'équité du procès n'a pas été atteinte.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Pelletier, Morissette et Duval Hesler), 2010 QCCA 1418, SOQUIJ AZ-50662831, [2010] J.Q. n° 7507 (QL), 2010 CarswellQue 7903, qui a annulé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, le juge Fish est dissident.

*Joey Dubois et Mylène Grégoire*, pour l'appelante.

*Robert Jr. Poirier*, pour l'intimé.

Le jugement des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell a été rendu oralement par

[1] LE JUGE BINNIE — La Cour, à la majorité, accueille le pourvoi. Le juge Fish est dissident. La question principale dans cet appel est de savoir si la première juge a erré en droit en retenant une autre date que celle énoncée à l'acte

of a date other than the one referred to in the indictment.

[2] The majority of the Court agree with the conclusion of Duval Hesler J.A., who dissented in the Court of Appeal, that [TRANSLATION] “trial fairness was not compromised . . . . The evidence accepted by the trial judge satisfied her beyond a reasonable doubt that the incident in question did in fact occur regardless of the exact time it took place” (para. 69). In our view, the defence was based entirely on a question relating to credibility. The respondent was in no way prejudiced.

[3] We consider the other arguments raised by the respondent in this case to be unfounded.

[4] The appeal is accordingly allowed and the Court of Appeal’s decision is reversed. The trial judge’s verdict is restored.

English version of the reasons delivered by

[5] FISH J. (dissenting) — According to the indictment in this case, which has to this date not been amended, the case the respondent had to meet was that he had touched the complainant for a sexual purpose [TRANSLATION] “[b]etween April 1, 2002, and May 31, 2002”. At trial, the complainant testified that the respondent had touched her for a sexual purpose not during the period mentioned in the indictment but in the summer of 2001. However, the trial judge convicted the respondent of touching the complainant for a sexual purpose neither during the period alleged in the indictment nor during the period mentioned by the complainant, but after September 22, 2002, the date the respondent purchased the futon on which the incident mentioned by the complainant allegedly took place. In these circumstances, and for the reasons given by Pelletier J.A. (with which Morissette J.A. concurred), I believe the respondent did not have the fair trial to which he was entitled. Accordingly, I would have dismissed the Crown’s appeal to this Court.

d’accusation afin de conclure à la culpabilité de l’intimé accusé de contacts sexuels à l’endroit de sa fille.

[2] La majorité de la Cour est d’accord avec la conclusion de la juge Duval Hesler de la Cour d’appel, dissidente, que « l’équité du procès n’a pas été atteinte [ . . . ] La preuve retenue par le Tribunal de première instance convainquait ce dernier, hors de tout doute raisonnable, que l’événement reproché avait bel et bien eu lieu, peu importe le moment précis auquel il s’était déroulé » (par. 69). À notre avis, la défense reposait entièrement sur une question de crédibilité. L’intimé n’a subi aucun préjudice.

[3] Les autres moyens soulevés par l’intimé dans cette affaire nous apparaissent sans fondement.

[4] Donc, le pourvoi est accueilli et l’arrêt de la Cour d’appel est infirmé. Le verdict de la juge de première instance est rétabli.

Les motifs suivants ont été rendus par

[5] LE JUGE FISH (dissident) — Selon l’acte d’accusation en l’espèce, qui à ce jour n’a pas été modifié, l’intimé devait répondre à son procès à une accusation d’avoir touché la plaignante à des fins d’ordre sexuel « [e]ntre le 1<sup>er</sup> avril 2002 et le 31 mai 2002 ». Lors du procès, la plaignante a témoigné que l’intimé l’avait touché à des fins sexuelles non pas pendant la période mentionnée dans l’acte d’accusation, mais à l’été 2001. Pourtant, la première juge a déclaré l’intimé coupable de s’être livré à des attouchements sexuels sur la plaignante non pas pendant la période visée par l’acte d’accusation, ni pendant la période mentionnée par la plaignante, mais plutôt après le 22 septembre 2002, date de l’achat par l’intimé du futon sur lequel l’incident mentionné par la plaignante aurait eu lieu. Dans ces circonstances et pour les motifs exprimés par le juge Pelletier en Cour d’appel (auxquels souscrivait le juge Morissette), j’estime que l’intimé n’a pas eu le procès juste et équitable auquel il avait droit. Par conséquent, j’aurais rejeté l’appel du ministère public à notre Cour.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Salaberry-de-Valleyfield.*

*Solicitor for the respondent: Centre communautaire juridique de la Rive-Sud, Salaberry-de-Valleyfield, Québec.*

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelante : Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Salaberry-de-Valleyfield.*

*Procureur de l'intimé : Centre communautaire juridique de la Rive-Sud, Salaberry-de-Valleyfield, Québec.*



ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*

**Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0S5**

*En cas de non-livraison, retourner à :*

**Éditions et Services de dépôts  
Travaux publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0S5**

---

**Available from:  
Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5  
<http://publications.gc.ca>**

**En vente auprès de :  
Éditions et Services de dépôts  
Travaux publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5  
<http://publications.gc.ca>**



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 3, 2011 Vol. 1**

**and Tables**

**Cited as [2011] 1 S.C.R. { i-1  
531-702**

**3<sup>e</sup> cahier, 2011 Vol. 1**

**et Tables**

**Renvoi [2011] 1 R.C.S. { i-1  
531-702**

---





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

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiŕiste en chef  
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

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

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

DAVID AUBRY	Jurilinguists / Jurilinguistes MARIE RODRIGUE	MARIE-LUC SIMONEAU
STEPHEN BALOGH		CLAIRE VALLÉE

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

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques NANCY MCCAUGHAN	PETER O'DOHERTY
RITA AYOTTE	PAULINE MCTAVISH	JEAN-FRANÇOIS SCHAAN
	ANNE-MARIE NOËL	

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoint administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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

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

## CONTENTS

Title Page .....	i
List of Judges .....	ii
Errata .....	iv
Motions .....	v
Table of Judgments .....	xiii
Table of Cases Cited .....	xvii
Statutes and Regulations Cited.....	xli
Authors Cited.....	xlvi
Index .....	695

### **British Columbia (Attorney General) v.**

#### **Malik .....** 657

Civil procedure — Anton Piller order — Evidence — Admissibility — Crown bringing action against respondents to recover monies advanced to fund defence costs — Crown obtaining ex parte Anton Piller order — Chambers judge relying on facts found against respondents in prior judicial proceedings — Whether Superior Court judge hearing ex parte application for interlocutory order may admit findings and conclusions of prior judicial decision into evidence — Whether prior decision admissible only where respondents precluded by issue estoppel or abuse of process from relitigating the facts adduced — Whether sufficient admissible evidence adduced to justify order.

#### **R. v. J.A.A. ....** 628

Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Charge of sexual assault — Wound on accused's finger — Complainant alleging to have bitten accused during assault — Police officer at trial giving lay evidence as to wound being a bite wound — No expert testimony as to nature of wound led at trial — Accused, on appeal, wishing to introduce evidence of forensic dentist — Whether fresh evidence should be admitted.

#### **R. v. Reynolds .....** 693

Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Appeal as of right — Whether appeal raises a question of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 693(1)(a).

Criminal law — Offences — Elements of offence — Obstructing justice — Whether suggestion of providing false doctor's note was an integral part of overall attempt to dissuade witness from giving evidence by threat or other corrupt means — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 139(3)(a).

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Page titre .....	i
Liste des juges.....	iii
Errata .....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xv
Table de la jurisprudence.....	xxix
Lois et règlements cités .....	xliii
Doctrine citée .....	xlvi
Index .....	699

### **Colombie-Britannique (Procureur général) c.**

#### **Malik .....** 657

Procédure civile — Ordonnance Anton Piller — Preuve — Admissibilité — Action intentée par la province contre les intimés en vue d'obtenir le remboursement des fonds versés pour financer leur défense — Ordonnance Anton Piller obtenue ex parte par la province — Juge siégeant en cabinet se fondant sur des faits défavorables aux intimés constatés dans le cadre de procédures judiciaires antérieures — Le juge de la Cour supérieure saisi d'une demande d'ordonnance interlocutoire présentée ex parte peut-il recevoir en preuve les conclusions d'une décision judiciaire antérieure? — La décision antérieure n'est-elle recevable que si les intimés ne pouvaient, en raison de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ou de l'abus de procédure, débattre de nouveau les faits présentés? — La preuve recevable était-elle suffisante pour justifier l'ordonnance?

#### **R. c. J.A.A. ....** 628

Droit criminel — Preuve — Nouvel élément de preuve — Accusation d'agression sexuelle — Blessure au doigt de l'accusé — Prétention de la plaignante qu'elle avait mordu l'accusé au cours de l'agression — Témoignage d'un profane, un agent de police, au procès, que la blessure résultait d'une morsure — Aucun témoignage d'expert au procès sur la nature de la blessure — Intention de l'accusé de produire en appel la preuve émanant d'un expert en odontologie médico-légale — Le nouvel élément de preuve doit-il être admis?

#### **R. c. Reynolds .....** 693

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Appel de plein droit — L'appel soulève-t-il une question de droit? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 693(1)a).

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

### **R. v. St-Onge ..... 625**

Armed forces — Military offences — Criminal law — Sentencing — Military judge imposing sentence of imprisonment for 30 days — Court of Appeal substituting fine for sentence of imprisonment — Whether majority in Court of Appeal erred in substituting its own balancing of factors relevant to sentencing for that of military judge — Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to hear appeal — National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 245(2)(a).

### **Seidel v. TELUS Communications Inc. .... 531**

Consumer protection — Contracts — Arbitration — Class actions — Stay of proceedings — Cell phone service contract containing private and confidential mediation and arbitration and class action waiver clause — Customer filing claim in B.C. Supreme Court for declaratory and injunctive relief alleging cell phone service provider engaged in deceptive and unconscionable practices — Customer seeking relief as individual and as representative of class — Cell phone company obtaining stay of proceedings under Commercial Arbitration Act — British Columbia Business Practices and Consumer Protection Act (BPCPA) stating agreements waiving or releasing rights, benefits or protections under the Act are void — Whether BPCPA renders arbitration clause void such that the stay of the court proceedings should be lifted — Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, c. 2, ss. 3, 171, 172 — Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 15.

Arbitration — Competence-competence principle — Effect of arbitration clause on jurisdiction of court — Customer signing contract with mobile phone service provider containing mandatory mediation and arbitration clause — Customer filing claim in B.C. Supreme Court for declaratory and injunctive relief under the Business Practices and Consumer Protection Act — Whether question of jurisdiction should be determined by court or arbitrator — Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, c. 2, ss. 3, 171, 172 — Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 22.

## SOMMAIRE (Fin)

Droit criminel — Infractions — Éléments de l'infraction — Entrave à la justice — La suggestion de produire un faux certificat médical faisait-elle partie intégrante de la tentative globale de dissuader une personne de témoigner par des menaces ou d'autres moyens de corruption? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 139(3)a.

### **R. c. St-Onge ..... 625**

Forces armées — Infractions militaires — Droit criminel — Détermination de la peine — Infliction par le juge militaire d'une peine d'emprisonnement de 30 jours — Substitution par la Cour d'appel d'une amende à la peine d'emprisonnement — La majorité de la Cour d'appel a-t-elle fait erreur en substituant sa pondération des facteurs pertinents à la détermination de la peine à celle du juge militaire? — La Cour suprême du Canada a-t-elle compétence pour entendre le pourvoi? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 245(2)a.

### **Seidel c. TELUS Communications Inc. .... 531**

Protection du consommateur — Contrats — Arbitrage — Recours collectifs — Suspension d'instance — Clause du contrat du fournisseur de services de téléphonie cellulaire prévoyant la médiation et l'arbitrage privés et confidentiels et une renonciation au recours collectif — Cliente demandant à la Cour suprême de la C.-B. une injonction et un jugement déclarant que le fournisseur de services de téléphonie cellulaire s'est livré à des pratiques trompeuses et abusives — Cliente demandant une réparation pour elle-même et en tant que représentante d'une catégorie de consommateurs — Suspension d'instance accordée à la société de téléphonie cellulaire aux termes de la Commercial Arbitration Act — Business Practices and Consumer Protection Act (BPCPA) de la C.-B. déclarant nulles les ententes de renonciation aux droits, avantages et protections conférés par cette loi — La BPCPA annule-t-elle la clause d'arbitrage de sorte qu'il y a lieu de lever la suspension d'instance? — Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, ch. 2, art. 3, 171, 172 — Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 15.

Arbitrage — Principe de compétence-compétence — Effet de la clause d'arbitrage sur la compétence de la cour — Contrat de services de téléphonie cellulaire comportant une clause de médiation et d'arbitrage obligatoires conclue entre la cliente et le fournisseur de services — Recours de la cliente devant la Cour suprême de la C.-B. en vue d'obtenir un jugement déclaratoire et une injonction en vertu de la Business Practices and Consumer Protection Act — Qui, de la cour ou de l'arbitre, doit trancher la question de compétence? — Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, ch. 2, art. 3, 171, 172 — Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 22.



## 2011 Volume 1

# Canada Supreme Court Reports Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.

The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef  
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

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

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

DAVID AUBRY	Jurilinguists / Jurilinguistes	MARIE-LUC SIMONEAU
STEPHEN BALOGH	MARIE RODRIGUE	CLAIRE VALLÉE

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

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques	PETER O'DOHERTY
RITA AYOTTE	NANCY MCCAUGHAN	JEAN-FRANÇOIS SCHAAN
	PAULINE MCTAVISH	
	ANNE-MARIE NOËL	

Legal Assistant / Adjointe juridique  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs  
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

**JUDGES**  
**OF THE**  
**SUPREME COURT OF CANADA**

The Right Honourable BEVERLEY McLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUIS LeBEL

The Honourable MARIE DESCHAMPS

The Honourable MORRIS FISH

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable LOUISE CHARRON

The Honourable MARSHALL ROTHSTEIN

The Honourable THOMAS ALBERT CROMWELL

**JUGES**  
**DE LA**  
**COUR SUPRÊME DU CANADA**

La très honorable BEVERLEY McLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUIS LeBEL

L'honorable MARIE DESCHAMPS

L'honorable MORRIS FISH

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable LOUISE CHARRON

L'honorable MARSHALL ROTHSTEIN

L'honorable THOMAS ALBERT CROMWELL

## ERRATA

- [1987] 2 S.C.R., p. 136, line *b*-3 of the English version. Read “has been imposed” instead of “have been imposed”.
- [1987] 2 R.C.S., p. 136, ligne *b*-3 de la version anglaise. Lire « has been imposed » au lieu de « have been imposed ».
- [2010] 2 S.C.R., p. 464, para. 2, lines 2 and 3 of the French version. Read “si la doctrine de la prépondérance fédérale l’emporte” instead of “si la doctrine de l’exclusivité des compétences l’emporte”.
- [2010] 2 R.C.S., p. 464, par. 2, lignes 2 et 3 de la version française. Lire « si la doctrine de la prépondérance fédérale l’emporte » au lieu de « si la doctrine de l’exclusivité des compétences l’emporte ».
- [2010] 2 S.C.R., p. 603, para. 6, lines 9 and 10 of the French version. Read “ne détenait pas non plus d’intérêt” instead of “ne détenait plus aucun intérêt”.
- [2010] 2 R.C.S., p. 603, par. 6, lignes 9 et 10 de la version française. Lire « ne détenait pas non plus d’intérêt » au lieu de « ne détenait plus aucun intérêt ».
- [2010] 3 S.C.R., p. 318, para. 71, line 11 of the English version. Read “prosecuting” instead of “persecuting”.
- [2010] 3 R.C.S., p. 318, par. 71, ligne 11 de la version anglaise. Lire « prosecuting » au lieu de « persecuting ».
- [2010] 3 S.C.R., p. 318, para. 71, line 11 of the French version. Read “but de poursuivre l’intéressé pour” instead of “but de persécution pour”.
- [2010] 3 R.C.S., p. 318, par. 71, ligne 11 de la version française. Lire « but de poursuivre l’intéressé pour » au lieu de « but de persécution pour ».



## MOTIONS — REQUÊTES

(January 1 to April 30, 2011 – 1<sup>er</sup> janvier au 30 avril 2011)

- 101050457 Saskatchewan Ltd. v. City of Regina*, (Sask.), 34050, leave to appeal refused with costs, 14.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 9041-7783 Québec inc. c. Manioli Investments inc.*, (Qc), 33905, leave to appeal refused with costs, 24.3.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 9153-8629 Québec inc. c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, (Qc), 33899, leave to appeal refused with costs, 31.3.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Aalto v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 33868, leave to appeal refused, 17.3.11, autorisation d'appel refusée.
- Adroit Resources Inc. v. British Columbia*, (B.C.), 33854, leave to appeal refused with costs, 10.2.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ahmad v. Athabasca Tribal Council Ltd.*, (Alta.), 34052, leave to appeal refused with costs, 14.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Alevras v. Tecksol Inc.*, (Qc), 33947, leave to appeal refused with costs, 14.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Algoma Timberlakes Corporation v. Aiello*, (Ont.), 33882, leave to appeal refused with costs, 27.1.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Allard v. Shaw Communications Inc.*, (Alta.), 33986, leave to appeal refused with costs, 21.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Alliance of Canadian Cinema, Television & Radio Artists v. Bell Aliant Regional Communications*, (F.C.), 33884, leave to appeal granted with costs in the cause, 24.3.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Allooloo v. The Queen*, (N.W.T.) (Crim.), 33873, leave to appeal refused, 20.1.11, autorisation d'appel refusée.
- Association de propriétaires privés agricoles (acéricoles) et forestiers c. Procureur général du Québec*, (Qc), 33978, notice of discontinuance filed, 17.1.11, avis de désistement produit.
- Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo c. Genex Communications Inc.*, (Qc), 33535, leave to appeal refused with costs, 10.3.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, (B.C.), 33981, leave to appeal granted, 31.3.11, autorisation d'appel accordée.
- Ayangma v. The French School Board*, (P.E.I.), 33896, leave to appeal refused with costs, 31.3.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bacon v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 33737, leave to appeal refused, 14.2.11, autorisation d'appel refusée.
- Banque Toronto-Dominion c. La Reine*, (C.F.), 33878, leave to appeal granted with costs in the cause, 24.3.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Bardis v. Monir*, (Qc), 34055, leave to appeal refused, 21.4.11, autorisation d'appel refusée.
- Bayer Inc. v. Minister of Health*, (F.C.), 33845, leave to appeal refused with costs, 20.1.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Beauchemin c. Rioux*, (Qc), 33877, leave to appeal refused with costs, 24.2.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bedford Resource Partners Inc. v. Adriana Resources Inc.*, (Qc), 34012, leave to appeal refused with costs, 3.3.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Beierl v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33997, leave to appeal refused, 14.4.11, autorisation d'appel refusée.
- Bennett v. The Queen*, (F.C.), 33988, leave to appeal refused with costs, 14.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bil'in v. Green Park International Inc.*, (Qc), 33898, leave to appeal refused with costs, 3.3.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bisson v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33818, leave to appeal refused, 3.2.11, autorisation d'appel refusée.
- Black v. The Queen*, (N.B.) (Crim.), 33839, leave to appeal refused, 20.1.11, autorisation d'appel refusée.
- Black v. The Queen*, (N.B.) (Crim.), 33995, leave to appeal refused, 14.4.11, autorisation d'appel refusée.
- Borden v. Attorney General of Nova Scotia*, (N.S.), 33681, leave to appeal refused with costs, 14.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bose c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 33929, leave to appeal refused, 10.3.11, autorisation d'appel refusée.
- Briard v. Briard*, (B.C.), 33949, leave to appeal refused with costs, 17.2.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bridgeview Manufacturing Inc. v. 931409 Alberta Ltd.*, (F.C.), 33885, leave to appeal and leave to cross-appeal refused, 14.4.11, autorisation d'appel et autorisation d'appel incident refusées.
- C.K.C. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33912, leave to appeal refused, 10.2.11, autorisation d'appel refusée.
- Cantave-Jean c. Compagnie Home Trust*, (Qc), 34026, leave to appeal refused, 14.4.11, autorisation d'appel refusée.
- Charron c. Charron*, (Qc), 33906, leave to appeal refused with costs, 24.3.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chartier c. Procureur général du Canada*, (C.F.), 33837, leave to appeal refused with costs, 20.1.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cimaco International Sales Inc. v. Business Practices & Consumer Protection Authority*, (B.C.), 33904, leave to appeal refused, 10.2.11, autorisation d'appel refusée.
- Commission scolaire des Patriotes c. Syndicat de l'enseignement de Champlain*, (Qc), 33985, leave to appeal refused with costs, 21.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Conacher v. Prime Minister of Canada*, (F.C.), 33848, leave to appeal refused with costs, 20.1.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Construction Blenda inc. c. Association de la construction du Québec*, (Qc), 33958, leave to appeal refused with costs, 31.3.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Crane v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 33761, leave to appeal refused, 31.3.11, autorisation d'appel refusée.
- D.B. c. G.G.*, (Qc), 34029, leave to appeal refused with costs, 21.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- D'Almeida v. Barron*, (Ont.), 33940, leave to appeal refused, 17.3.11, autorisation d'appel refusée.
- Deep v. The Queen*, (Ont.), 33933, leave to appeal refused with costs, 14.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Descôteaux c. Daigle*, (Qc), 33934, leave to appeal refused with costs, 31.3.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dhaliwal v. Lindsay*, (Ont.), 33920, leave to appeal refused with costs, 10.3.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dion c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 33789, leave to appeal refused, 10.2.11, autorisation d'appel refusée.
- Dufresne v. Bartol*, (Ont.), 33866, leave to appeal refused, 3.2.11, autorisation d'appel refusée.

- Edgar v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33984, leave to appeal refused, 31.3.11, autorisation d'appel refusée.
- Edwards v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33859, leave to appeal refused, 20.1.11, autorisation d'appel refusée.
- Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, (F.C.), 33921, leave to appeal granted with costs in the cause, 24.3.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Filion c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 33861, leave to appeal refused, 31.3.11, autorisation d'appel refusée.
- Flewelling v. Vancouver City Savings Credit Union*, (B.C.), 33936, leave to appeal refused with costs, 14.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- G.B. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33992, leave to appeal refused, 21.4.11, autorisation d'appel refusée.
- G.R.D. c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 33926, leave to appeal refused, 24.2.11, autorisation d'appel refusée.
- Gauthier c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 33843, leave to appeal refused, 10.2.11, autorisation d'appel refusée.
- Gibbons v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33813, leave to appeal granted, 17.2.11, autorisation d'appel accordée.
- Gill v. Tarion Warranty Corporation*, (Ont.), 34028, leave to appeal refused with costs, 14.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gnyp c. Atlas Copco Canada Inc.*, (Qc), 33901, leave to appeal refused with costs, 27.1.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gordon v. McGuire*, (Ont.), 34065, leave to appeal refused with costs, 28.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gratton-Masuy Environmental Technologies Inc. v. The Queen*, (Ont.), 33889, notice of discontinuance filed, 28.3.11, avis de désistement produit.
- Groves v. Bradley*, (B.C.), 33886, leave to appeal refused, 14.4.11, autorisation d'appel refusée.
- Guo v. Skinner*, (B.C.), 33857, leave to appeal refused with costs, 3.2.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Guyana Sugar Corporation Inc. v. Bedessee Imports Ltd.*, (Ont.), 34002, leave to appeal refused with costs, 14.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Halifax Regional Municipality v. The Queen*, (F.C.), 33876, leave to appeal granted with costs, 24.2.11, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Haspillaire c. Procureur général du Québec*, (Qc), 33942, leave to appeal refused with costs, 10.3.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Henry v. Starwood Hotels*, (Alta.), 33994, leave to appeal refused with costs on a solicitor-client basis, 14.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens sur la base procureur-client.
- Hobbs v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 33879, leave to appeal refused, 20.1.11, autorisation d'appel refusée.
- Horne v. Minister of Citizenship and Immigration*, (F.C.), 33850, leave to appeal refused, 31.3.11, autorisation d'appel refusée.
- Hussaini v. Bains*, (Ont.), 34031, leave to appeal refused with costs, 14.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hwang v. Kapy*, (Ont.), 34037, leave to appeal refused, 21.4.11, autorisation d'appel refusée.
- Indotan Inc. v. Invincible Resources Corp.*, (B.C.), 33856, leave to appeal refused with costs, 10.2.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- J2 Global Communications, Inc. v. M.A.*, (Ont.), 33941, notice of discontinuance filed, 17.1.11, avis de désistement produit.
- K.T. v. Minister of Community Services*, (N.S.), 33924, leave to appeal refused, 24.2.11, autorisation d'appel refusée.

- Kelly v. The Queen*, (P.E.I.), 33993, leave to appeal refused with costs, 17.3.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Keremelevski v. Canada Post Corp.*, (B.C.), 33954, leave to appeal refused, 24.2.11, autorisation d'appel refusée.
- Keremelevski v. Canada Post Corp.*, (B.C.), 34075, leave to appeal refused, 14.4.11, autorisation d'appel refusée.
- Khodeir v. Governor-in-Council*, (F.C.), 34043, leave to appeal refused with costs, 14.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Khodeir v. Premi*, (Ont.), 34022, leave to appeal refused, 17.3.11, autorisation d'appel refusée.
- Knott v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 33911, leave to appeal granted, 10.2.11, autorisation d'appel accordée.
- Lahaie v. Attorney General of Canada*, (Ont.), 33881, leave to appeal refused with costs, 31.3.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Laliberté c. Autorité des marchés financiers*, (Qc), 33966, leave to appeal refused with costs, 21.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Larocque c. Directeur général des élections*, (Qc), 33828, leave to appeal refused with costs, 27.1.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Latham v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 34010, leave to appeal refused, 17.3.11, autorisation d'appel refusée.
- Laurin c. Municipalité de Chelsea*, (Qc), 33943, leave to appeal refused with costs, 31.3.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lemmon v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 33932, leave to appeal refused, 31.3.11, autorisation d'appel refusée.
- Les éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.*, (Ont.), 33819, leave to appeal granted with costs, 13.1.11, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Losier v. Attorney General of Ontario*, (Ont.), 33962, leave to appeal refused with costs, 17.3.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lowery v. Saskatchewan Government*, (Sask.), 33944, leave to appeal refused with costs, 24.3.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- M.Z. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33757, leave to appeal refused, 20.1.11, autorisation d'appel refusée.
- Maher v. Great Atlantic & Pacific Co.*, (Ont.), 33875, leave to appeal refused with costs, 10.3.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Manitoba Métis Federation Inc. v. Attorney General of Canada*, (Man.), 33880, leave to appeal granted, 10.2.11, autorisation d'appel accordée.
- Marceau c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 33833, leave to appeal refused, 13.1.11, autorisation d'appel refusée.
- Martin v. The Queen*, (N.B.) (Crim.), 33829, leave to appeal refused with costs, 27.1.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Martin v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34027, leave to appeal refused, 21.4.11, autorisation d'appel refusée.
- McClenaghan v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 33863, leave to appeal refused, 20.1.11, autorisation d'appel refusée.
- McDonald v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33963, leave to appeal refused, 10.2.11, autorisation d'appel refusée.
- Melkowska v. Groulx*, (Qc) (Crim.), 33975, leave to appeal refused, 31.3.11, autorisation d'appel refusée.
- Melkowska v. Office municipal d'habitation de Gatineau*, (Qc), 33969, leave to appeal refused, 14.4.11, autorisation d'appel refusée.
- Merchant Law Group v. The Queen*, (F.C.), 33895, leave to appeal refused with costs, 31.3.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Mercier v. Correctional Service Canada*, (F.C.), 33847, leave to appeal refused with costs, 20.1.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Michaelov v. Attorney General of Canada*, (Ont.) (Crim.), 34025, leave to appeal refused, 21.4.11, autorisation d'appel refusée.
- Mistry v. Fiducie Desjardins Inc.*, (Qc), 33928, leave to appeal refused with costs, 31.3.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Murphy c. Rioux*, (Qc), 33860, leave to appeal refused with costs, 27.1.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Murphy v. Wynne*, (B.C.), 33977, leave to appeal refused with costs, 21.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- N.S. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33989, leave to appeal granted, 17.3.11, autorisation d'appel accordée.
- New Brunswick Human Rights Commission v. Province of New Brunswick*, (N.B.), 33820, leave to appeal refused with costs, 20.1.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Normandin c. Banque Laurentienne du Canada*, (Qc), 33840, leave to appeal refused with costs, 20.1.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nova Scotia Government and General Employees Union v. Province of Nova Scotia*, (N.S.), 34001, leave to appeal refused with costs, 21.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Novopharm Ltd. v. Eli Lilly Canada Inc.*, (F.C.), 33870, leave to appeal refused with costs, 10.2.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Océanica Inc. c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, (Qc), 34004, leave to appeal refused with costs, 21.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Oran v. Abourawi*, (Ont.), 33908, leave to appeal refused with costs, 20.1.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pal v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (B.C.) (Crim.), 33937, leave to appeal refused, 14.4.11, autorisation d'appel refusée.
- Park Stud inc. v. Terra Farm Ltd.*, (Ont.), 33830, leave to appeal refused with costs, 20.1.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Passucci v. Deputy Minister of Revenue of Quebec*, (Qc), 33913, leave to appeal refused, 3.3.11, autorisation d'appel refusée.
- Paul v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33961, leave to appeal refused, 10.3.11, autorisation d'appel refusée.
- Penner v. Regional Municipality of Niagara Regional Police Services Board*, (Ont.), 33959, leave to appeal granted with costs in the cause, 24.3.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Personne désignée B c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34053, leave to appeal granted, 24.3.11, autorisation d'appel accordée.
- Pesek v. Amato*, (Ont.), 34005, leave to appeal refused with costs, 14.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Piresferreira v. Ayotte*, (Ont.), 33811, leave to appeal refused with costs, 20.1.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Potts v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 34153, notice of discontinuance filed, 31.3.11, avis de désistement produit.
- Poupart c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34000, leave to appeal refused, 31.3.11, autorisation d'appel refusée.
- Procureur général du Canada c. Anglehart Sr.*, (C.F.), 33383, leave to appeal refused with costs, 13.1.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Procureur général du Québec c. A*, (Qc), 33990, leave to appeal granted with costs in the cause, 24.3.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Punko v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 33891, leave to appeal refused, 31.3.11, autorisation d'appel refusée.

- Quenneville v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33931, leave to appeal refused, 3.3.11, autorisation d'appel refusée.
- Quizno's Canada Restaurant Corp. v. 2038724 Ontario Ltd.*, (Ont.), 33865, leave to appeal refused with costs, 3.2.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- R. v. Arsenault*, (F.C.), 33385, leave to appeal refused with costs, 13.1.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- R. v. Capobianco*, (Ont.) (Crim.), 33927, leave to appeal refused, 31.3.11, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Dubé*, (Qc) (Crim.), 33787, leave to appeal refused, 17.2.11, autorisation d'appel refusée.
- R. v. GlaxoSmithKline Inc.*, (F.C.), 33874, leave to appeal granted and leave to cross-appeal granted with costs in the cause, 24.3.11, autorisation d'appel accordée et autorisation d'appel incident accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- R. v. Hall*, (Ont.) (Crim.), 34014, leave to appeal refused, 7.4.11, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Patry*, (Qc) (Crim.), 33838, leave to appeal refused, 13.1.11, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Plante*, (Qc) (Crim.), 33803, leave to appeal refused, 13.1.11, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Riahi*, (Qc) (Crim.), 33897, leave to appeal refused, 27.1.11, autorisation d'appel refusée.
- R. v. St-Onge Lamoureux*, (Qc) (Crim.), 33970, leave to appeal granted with costs, 31.3.11, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Rapkin v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33769, leave to appeal refused, 10.2.11, autorisation d'appel refusée.
- Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, (F.C.), 33922, leave to appeal granted with costs in the cause, 24.3.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Rosenau v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (B.C.) (Crim.), 33918, leave to appeal refused, 14.4.11, autorisation d'appel refusée.
- Saint-Germain v. Gauthier*, (Ont.), 33780, leave to appeal refused with costs, 3.3.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Shakibaian v. Royal Bank of Canada*, (Qc), 34023, leave to appeal refused, 10.3.11, autorisation d'appel refusée.
- Sieg v. McIntosh*, (B.C.), 33957, leave to appeal refused with costs, 14.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Smith v. Attorney General of Nova Scotia*, (N.S.), 33682, leave to appeal refused with costs, 14.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Smith v. Hayden*, (Ont.), 33950, leave to appeal refused with costs, 17.3.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Snow v. Saul*, (B.C.), 33945, leave to appeal refused with costs, 14.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Soost v. Merrill Lynch Canada Inc.*, (Alta.), 33910, leave to appeal refused with costs, 14.4.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Steele v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 34030, leave to appeal refused, 31.3.11, autorisation d'appel refusée.
- Stepanova v. Selivanov*, (Ont.), 33948, leave to appeal refused with costs, 3.2.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Stephens v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33964, leave to appeal refused, 17.2.11, autorisation d'appel refusée.
- Stow v. Attorney General of British Columbia*, (B.C.), 34024, leave to appeal refused, 14.4.11, autorisation d'appel refusée.
- Stranges v. Allstate Insurance Company of Canada*, (Ont.), 33849, leave to appeal refused with costs, 17.2.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Syndicat national des employés de garage du Québec inc. c. Allard*, (Qc), 33858, leave to appeal refused with costs, 3.3.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- T.H. v. Minister of Community Services*, (N.S.), 33887, leave to appeal refused, 13.1.11, autorisation d'appel refusée.
- Tan v. Fedel*, (Ont.), 33890, leave to appeal and cross-appeal refused with costs, 14.4.11, autorisations d'appel et d'appel incident refusées avec dépens.
- Tardif c. Steinfeld*, (Qc), 33867, leave to appeal refused with costs, 20.1.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tax Stop Ltd. v. Rocky Motors Inc.*, (Ont.), 33909, leave to appeal refused with costs, 27.1.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tessier Ltée c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, (Qc), 33935, leave to appeal granted with costs in the cause, 24.3.11, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Thomas v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34059, leave to appeal refused, 7.4.11, autorisation d'appel refusée.
- Tran v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 33872, leave to appeal refused, 20.1.11, autorisation d'appel refusée.
- Tremblay c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 33759, leave to appeal refused, 20.1.11, autorisation d'appel refusée.
- Tremblay c. Municipalité de Lac-Beauport*, (Qc), 33953, leave to appeal refused with costs, 24.2.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- U.K. Pensions Regulator v. Nortel Networks Corp.*, (Ont.), 33846, leave to appeal refused with costs, 27.1.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- University of British Columbia v. Lam*, (B.C.), 33855, leave to appeal refused, 17.2.11, autorisation d'appel refusée.
- Valcom Ltd. v. Alleslev-Krofchak*, (Ont.), 33907, leave to appeal refused with costs, 31.3.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- W.W. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33923, leave to appeal refused, 17.2.11, autorisation d'appel refusée.
- Wright v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 33967, leave to appeal refused, 17.3.11, autorisation d'appel refusée.
- Wu v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 33892, leave to appeal refused, 20.1.11, autorisation d'appel refusée.
- York University v. Jaffer*, (Ont.), 33938, leave to appeal refused with costs, 3.3.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Yung v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 33871, leave to appeal quashed, 20.1.11, autorisation d'appel annulée.
- Zen v. Minister of National Revenue*, (F.C.), 33851, leave to appeal refused with costs, 20.1.11, autorisation d'appel refusée avec dépens.





## TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause  
(as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>M</b>	
Ahmad, R. v. ....	110	Malik, British Columbia (Attorney General) v. ....	657
Alliance Pipeline Ltd., Smith v. ....	160	Miljevic, R. v. ....	203
<b>B</b>		<b>Q</b>	
Baranow, Kerr v. ....	269	Quebec (Attorney General) v. Canada .....	368
Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc. ....	214		
British Columbia (Attorney General) v. Malik ....	657	<b>R</b>	
Bruce, R. v. ....	76	R. v. Ahmad .....	110
<b>C</b>		R. v. Bruce .....	76
Canada, Quebec (Attorney General) v. ....	368	R. v. Caron .....	78
Canada (Attorney General), Canadian Broad- casting Corp. v. ....	19	R. v. J.A.A. ....	628
Canada (Attorney General), Celgene Corp. v. ....	3	R. v. Miljevic .....	203
Canada (Attorney General), Withler v. ....	396	R. v. Reynolds .....	693
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General) .....	19	R. v. S.D. ....	527
Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen .....	65	R. v. St-Onge .....	625
Caron, R. v. ....	78	R. v. White .....	433
Celgene Corp. v. Canada (Attorney General) .....	3	Reynolds, R. v. ....	693
<b>D</b>		<b>S</b>	
Diffusion Métromédia CMR inc., Bou Malhab v. ....	214	S.D., R. v. ....	527
<b>J</b>		Seidel v. TELUS Communications Inc. ....	531
J.A.A., R. v. ....	628	Smith v. Alliance Pipeline Ltd. ....	160
<b>K</b>		St-Onge, R. v. ....	625
Kerr v. Baranow .....	269	<b>T</b>	
<b>K</b>		TELUS Communications Inc., Seidel v. ....	531
		The Queen, Canadian Broadcasting Corp. v. ....	65
<b>K</b>		<b>W</b>	
Kerr v. Baranow .....	269	White, R. v. ....	433
		Withler v. Canada (Attorney General) .....	396



## TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>M</b>	
Ahmad, R. c. ....	110	Malik, Colombie-Britannique (Procureur général) c. ....	657
Alliance Pipeline Ltd., Smith c. ....	160	Miljevic, R. c. ....	203
<b>B</b>		<b>Q</b>	
Baranow, Kerr c. ....	269	Québec (Procureur général) c. Canada .....	368
Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc. ....	214		
Bruce, R. c. ....	76	<b>R</b>	
<b>C</b>		R. c. Ahmad .....	110
Canada, Québec (Procureur général) c. ....	368	R. c. Bruce .....	76
Canada (Procureur général), Celgene Corp. c. ....	3	R. c. Caron .....	78
Canada (Procureur général), Société Radio Canada c. ....	19	R. c. J.A.A. ....	628
Canada (Procureur général), Withler c. ....	396	R. c. Miljevic .....	203
Caron, R. c. ....	78	R. c. Reynolds .....	693
Celgene Corp. c. Canada (Procureur général) ....	3	R. c. S.D. ....	527
Colombie-Britannique (Procureur général) c. Malik .....	657	R. c. St-Onge .....	625
<b>D</b>		R. c. White .....	433
Diffusion Métromédia CMR inc., Bou Malhab c. ....	214	Reynolds, R. c. ....	693
<b>J</b>		<b>S</b>	
J.A.A., R. c. ....	628	S.D., R. c. ....	527
<b>K</b>		Seidel c. TELUS Communications Inc. ....	531
Kerr c. Baranow .....	269	Smith c. Alliance Pipeline Ltd. ....	160
<b>L</b>		Société Radio Canada c. Canada (Procureur général) .....	19
La Reine, Société Radio Canada c. ....	65	Société Radio Canada c. La Reine .....	65
		St-Onge, R. c. ....	625
		<b>T</b>	
		TELUS Communications Inc., Seidel c. ....	531
		<b>W</b>	
		White, R. c. ....	433
		Withler c. Canada (Procureur général) .....	396



## TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>A</b>		
A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services) .....	2009 SCC 30, [2009] 2 S.C.R. 181 .....	410
A.U.P.E. v. Edmonton Sun .....	(1986), 49 Alta. L.R. (2d) 141 .....	246, 266
Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General) .....	2011 ONCA 95 (CanLII) .....	138
ACS Public Sector Solutions Inc. v. Courthouse Technologies Ltd. ...	2005 BCCA 605, 48 B.C.L.R. (4th) 328 .....	563
Adams v. WFTV Inc. ....	24 Med. L. Rptr. 1350 (1995) .....	246
Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony .....	2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567 .....	52, 410
Algarin v. Town of Wallkill .....	421 F.3d 137 (2005) .....	250
Altwasser v. Home Insurance Co. of New York .....	[1933] 2 W.W.R. 46 .....	585
Andrews v. Law Society of British Columbia .....	[1989] 1 S.C.R. 143 .....	401
Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd. ....	[1976] 1 Ch. 55 .....	677
Arcand v. Evening Call Publishing Co. ....	567 F.2d 1163 (1977) .....	250
Arthur J.S. Hall & Co. v. Simons .....	[2000] U.K.H.L. 38, [2002] 1 A.C. 615 .....	683
Association des courtiers et agents immobiliers du Québec v. Proprio Direct inc. ....	2008 SCC 32, [2008] 2 S.C.R. 195 .....	197
Association des policiers de Sherbrooke v. Delorme .....	[1997] R.J.Q. 2826 .....	252
ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board) .....	2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140 .....	106, 182
Attorney General of Manitoba v. Forest .....	[1979] 2 S.C.R. 1032 .....	89
Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre .....	[1982] 1 S.C.R. 175 .....	38, 72
Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corp. ....	(1994), 12 B.L.R. (2d) 132 .....	589
Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General) .....	2004 SCC 78, [2004] 3 S.C.R. 657 .....	417
Azoulay v. The Queen .....	[1952] 2 S.C.R. 495 .....	208
<b>B</b>		
B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General) .....	[1988] 2 S.C.R. 214 .....	60
Babcock v. Canada (Attorney General) .....	2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3 .....	133
Bai v. Sing Tao Daily Ltd. ....	(2003), 226 D.L.R. (4th) 477 .....	246
Baier v. Alberta .....	2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673 .....	39
Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn. ....	2003 SCC 28, [2003] 1 S.C.R. 476 .....	196
Bauer v. Bank of Montreal .....	[1980] 2 S.C.R. 102 .....	567
Bayview Builder's Supply (1972) Ltd. v. British Columbia (Minister of Transportation & Highways) .....	1999 BCCA 320, 67 B.C.L.R. (3d) 312 .....	186
Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de ser- vices publics inc. ....	[1996] 2 S.C.R. 345 .....	231
Bell v. Bailey .....	(2001), 203 D.L.R. (4th) 589 .....	299
Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommu- nications Commission) .....	[1989] 1 S.C.R. 1722 .....	106
Bilodeau v. Attorney General of Manitoba .....	[1986] 1 S.C.R. 449 .....	89

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Birmingham v. Ferguson .....	2004 CanLII 4764 .....	316
Bisailon v. Concordia University .....	2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666 .....	242, 556, 575
Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway (GC) .....	No. 21980/93, ECHR 1999-III .....	230
Boart Sweden AB v. NYA Stromnes AB .....	(1988), 41 B.L.R. 295 .....	589
Booth v. British Columbia Television Broadcasting System .....	(1982), 139 D.L.R. (3d) 88 .....	248
Botiuk v. Toronto Free Press Publications Ltd. ....	[1995] 3 S.C.R. 3 .....	237
Bouchard v. Agropur Coopérative .....	2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349 .....	240
Bradley v. McIntosh .....	(1884), 5 O.R. 227 .....	138
Brand v. National Life Assurance Co. ....	(1918), 44 D.L.R. 412 .....	585
British Columbia Government and Service Employees' Union v. British Columbia (Minister of Health Services) .....	2007 BCCA 379, 245 B.C.A.C. 39 .....	594
British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band .....	2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371 .....	87, 105
Burlington Northern Railroad Co. v. Canadian National Railway Co. ....	(1995), 59 B.C.A.C. 97 .....	589
Burlington Northern Railroad Co. v. Canadian National Railway Co. ....	[1997] 1 S.C.R. 5 .....	589
Butler v. Southam Inc. ....	2001 NSCA 121, 197 N.S.R. (2d) 97 .....	246, 264
BVerfGE 82, 272, Stern-Strauß case .....	June 26, 1990 .....	230
BVerfGE 93, 266, Soldiers are murderers case .....	October 10, 1995 .....	230
BWV Investments Ltd. v. Saskferco Products Inc. ....	(1994), 125 Sask. R. 286 .....	589

## C

Cabay v. Fafard .....	[1986] J.Q. n <sup>o</sup> 2823 (QL) .....	240
Cadbury Schweppes Inc. v. FBI Foods Ltd. ....	[1999] 1 S.C.R. 142 .....	307
Campbell River Woodworkers' & Builders' Supply (1966) Ltd. v. British Columbia (Minister of Transportation & Highways) .....	2004 BCCA 27, 22 B.C.L.R. (4th) 210 .....	184
Canada (Attorney General) v. Khawaja .....	2007 FC 490, [2008] 1 F.C.R. 547 .....	131
Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa .....	2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 .....	18, 198
Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc. ....	2001 SCC 36, [2001] 2 S.C.R. 100 .....	13
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc. ....	[1997] 1 S.C.R. 748 .....	195
Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net .....	[1998] 1 S.C.R. 626 .....	94
Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada .....	2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601 .....	12
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General) .....	2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19 .....	68, 228
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board) ...	[1995] 1 S.C.R. 157 .....	190
Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General) .....	[1996] 3 S.C.R. 480 .....	38, 108
Canadian Broadcasting League v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission .....	[1983] 1 F.C. 182 .....	106
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp. ....	[1979] 2 S.C.R. 227 .....	175, 194
Capitanescu v. Universal Weld Overlays Inc. ....	(1996), 46 Alta. L.R. (3d) 203 .....	690
Carey v. Ontario .....	[1986] 2 S.C.R. 637 .....	138
Cass. ass. plén., July 12, 2000 .....	Bull. civ., No. 8 .....	230
Cass. crim., December 6, 1994 .....	Dr. pénal 1995, comm. 93, obs. M. Véron .....	245

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Cass. crim., January 16, 1969 .....	Bull. crim., No. 35 .....	246
Cass. crim., January 29, 2008 .....	Bull. crim., No. 23 .....	245
Cass. crim., May 26, 1987 .....	Bull. crim., No. 217 .....	249
Cass. crim., November 22, 1934 .....	D.P. 1936.1.27, note M. Nast .....	246
Cass. crim., September 16, 2003 .....	Bull. crim., No. 161 .....	250
Catalyst Partners Inc. v. Meridian Packaging Ltd. ....	2007 ABCA 201, 76 Alta. L.R. (4th) 264 ...	690
Cayzer, Irvine and Co. v. Board of Trade .....	[1927] 1 K.B. 269 .....	585
Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp. ....	2006 SCC 36, [2006] 2 S.C.R. 189 .....	675
Celgene Corp. v. Canada (Attorney General).....	2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3 .....	174, 199
Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration) .....	2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 .....	118
Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd. ....	[1979] 1 S.C.R. 1067 .....	237
Children's Aid Society of Huron County v. P. (C.) .....	2002 CanLII 45644 .....	106
Chohan v. Cadsky .....	2009 ABCA 334, 464 A.R. 57 .....	237
Christian & Missionary Alliance v. Municipality of Metropolitan Toronto .....	(1973), 3 O.R. (2d) 655 .....	181
Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal) .....	[1992] 2 S.C.R. 394 .....	106
Clarke v. Clarke .....	[1990] 2 S.C.R. 795 .....	304
Colombani v. France .....	No. 51279/99, ECHR 2002-V .....	230
Color Your World Corp. v. Canadian Broadcasting Corp. ....	(1998), 38 O.R. (3d) 97 .....	237
Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada .....	[1991] 1 S.C.R. 139 .....	41
Condominiums Mont St-Sauveur Inc. v. Constructions Serge Sauvé Ltée .....	[1990] R.J.Q. 2783 .....	589
Confédération des syndicats nationaux v. Canada (Attorney General) .....	2008 SCC 68, [2008] 3 S.C.R. 511 .....	373
Co-operators Life Insurance Co. v. Gibbens .....	2009 SCC 59, [2009] 3 S.C.R. 605 .....	567
Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs) .....	[1999] 2 S.C.R. 203 .....	411

## D

D.B.S. v. S.R.G. ....	2006 SCC 37, [2006] 2 S.C.R. 231 .....	360
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp. ....	[1994] 3 S.C.R. 835 .....	47, 71
Dalimpex Ltd. v. Janicki .....	(2003), 64 O.R. (3d) 737 .....	597
Dancap Productions Inc. v. Key Brand Entertainment Inc. ....	2009 ONCA 135, 246 O.A.C. 226 .....	597
Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc. ....	2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460 .....	183, 680
Dawson (City) v. TSL Contractors Ltd. ....	2003 YKCA 3, 180 B.C.A.C. 205 .....	597
de Montigny v. Brossard (Succession) .....	2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64 .....	231
Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs .....	2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801 .....	242, 544, 573
Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc. ....	2003 SCC 17, [2003] 1 S.C.R. 178 .....	556, 584
Deuterium of Canada Ltd. v. Burns & Roe of Canada Ltd. ....	(1970), 15 D.L.R. (3d) 568 .....	585
Diggon-Hibben, Ltd. v. The King .....	[1949] S.C.R. 712 .....	180
Dole Refrigerating Products Ltd. v. Canadian Ice Machine Co. ....	(1957), 28(2) C.P.R. 32 .....	14
Doleman & Sons v. Ossett Corp. ....	[1912] 3 K.B. 257 .....	584
Domco Industries Ltd. v. Mannington Mills, Inc. ....	(1990), 29 C.P.R. (3d) 481 .....	14
Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia.....	2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226 .....	196
Dunsmuir v. New Brunswick .....	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 .....	9, 172, 188
Dyer v. Dyer .....	(1788), 2 Cox Eq. Cas. 92, 30 E.R. 42 .....	285

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>E</b>		
Eastwood v. Holmes .....	(1858), 1 F. & F. 347, 175 E.R. 758 .....	251
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General) .....	[1989] 2 S.C.R. 1326 .....	38
Edwards v. Aberayron Mutual Ship Insurance Society Ltd. ....	(1876), 1 Q.B.D. 563 .....	584
Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada .....	2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222 .....	410
<b>F</b>		
Farrell v. Triangle Publications, Inc. ....	159 A.2d 734 (1960) .....	250
Farrington v. Leigh .....	Times Law Report, December 10, 1987 .....	250
Fawcett Publications, Inc. v. Morris .....	377 P.2d 42 (1962) .....	247
Finlay v. Canada (Minister of Finance) .....	[1993] 1 S.C.R. 1080 .....	382
Ford v. Quebec (Attorney General) .....	[1988] 2 S.C.R. 712 .....	41
Ford v. Werden .....	(1996), 27 B.C.L.R. (3d) 169 .....	322
Foulis v. Robinson .....	(1978), 92 D.L.R. (3d) 134 .....	187
<b>G</b>		
Garland v. Consumers' Gas Co. ....	[1998] 3 S.C.R. 112 .....	325
Garland v. Consumers' Gas Co. ....	2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629 .....	294
Gauthier v. Toronto Star Daily Newspapers Ltd. ....	(2003), 228 D.L.R. (4th) 748 .....	257
Gauthier v. Toronto Star Daily Newspapers Ltd. ....	(2004), 188 O.A.C. 211 .....	247
Giles v. McEwan .....	(1896), 11 Man. R. 150 .....	324
Gilles E. Néron Communication Marketing Inc. v. Chambre des notaires du Québec .....	2004 SCC 53, [2004] 3 S.C.R. 95 .....	222, 261
Gissing v. Gissing .....	[1970] 2 All E.R. 780 .....	288
Gordon and Gotch (Australasia) Ltd. v. Montreal Australia New Zealand Line Ltd. ....	(1940), 68 B.R. 428 .....	587
Gosselin v. Quebec (Attorney General) .....	2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429 .....	415
Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration) ....	2000 SCC 28, [2000] 1 S.C.R. 703 .....	420
Grant v. Torstar Corp. ....	2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640 .....	229, 260
Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component .....	2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295 .....	39
GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc. ....	2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401 .....	556, 589
Griffin v. Dell Canada Inc. ....	2010 ONCA 29, 98 O.R. (3d) 481 .....	543
Gross v. Cantor .....	270 N.Y. 93 (1936) .....	250
Gudmondson v. The King .....	(1933), 60 C.C.C. 332 .....	450, 507
Guy v. Maguire .....	(1863), 13 L.C.R. 33 .....	138
Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd. ....	(1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113 .....	592
<b>H</b>		
Haig v. Canada (Chief Electoral Officer) .....	[1993] 2 S.C.R. 995 .....	412
Harrison v. Kalinocha .....	(1994), 90 B.C.L.R. (2d) 273 .....	299
Harvey v. The King .....	[1901] A.C. 601 .....	683
Herman v. Smith .....	(1984), 42 R.F.L. (2d) 154 .....	300
Hervieux-Payette v. Société Saint-Jean-Baptiste de Montréal .....	[1998] R.J.Q. 131 .....	238



NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Hill v. Church of Scientology of Toronto .....	[1995] 2 S.C.R. 1130 .....	229
Hill v. Nova Scotia (Attorney General) (No. 2) .....	(1997), 155 D.L.R. (4th) 767 .....	186
Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development) .....	2004 SCC 65, [2004] 3 S.C.R. 357 .....	416
Holdom v. British Columbia Transit .....	2006 BCCA 488, 58 B.C.L.R. (4th) 207 .....	186
Hollick v. Toronto (City) .....	2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158 .....	605
Hollington v. F. Hewthorn & Co. ....	[1943] 1 K.B. 587 .....	682
Horton v. Sayer .....	(1859), 4 H. & N. 643, 157 E.R. 993 .....	584
Housen v. Nikolaisen .....	2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 .....	380

## I

Ian MacDonald Library Services Ltd. v. P.Z. Resort Systems Inc. ....	(1987), 14 B.C.L.R. (2d) 273 .....	181
ICN Pharmaceuticals Inc. v. Patented Medicine Prices Review Board .....	(1996), 108 F.T.R. 190 .....	15
Interprovincial Pipe Line Ltd. v. National Energy Board .....	[1978] 1 F.C. 601 .....	106
Irving Oil Co. v. The King .....	[1946] S.C.R. 551 .....	180
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General) .....	[1989] 1 S.C.R. 927 .....	40, 71

## J

Jackson v. TCN Channel 9 .....	[2001] NSWCA 108 (AustLII) .....	247
Jameel v. Wall Street Journal Europe Sprl .....	[2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359 .....	230
Jean Estate v. Wires Jolley LLP .....	2009 ONCA 339, 96 O.R. (3d) 171 .....	598
Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. v. Jacyk Estate .....	(2005), 2 B.L.R. (4th) 151 .....	606
Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne v. Fondation du Théâtre du Nouveau-Monde .....	[1979] C.A. 491 .....	239
Johnston v. Western Assurance Co. ....	(1879), 4 O.A.R. 281 .....	585
Jorgensen v. News Media (Auckland) Ltd. ....	[1969] N.Z.L.R. 961 .....	683

## K

Kaverit Steel and Crane Ltd. v. Kone Corp. ....	(1992), 87 D.L.R. (4th) 129 .....	598
Knupffer v. London Express Newspaper, Ltd. ....	[1944] A.C. 116 .....	246, 265

## L

Labour Relations Board of Saskatchewan v. The Queen .....	[1956] S.C.R. 82 .....	129
Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc. ....	2001 SCC 51, [2001] 2 S.C.R. 743 .....	33
Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd. ....	[1989] 2 S.C.R. 574 .....	298
Lange v. Atkinson .....	[2000] 3 N.Z.L.R. 385 .....	230
Lange v. Australian Broadcasting Corp. ....	(1997), 189 C.L.R. 520 .....	230
Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	[1999] 1 S.C.R. 497 .....	407
Lee v. Page .....	(1861), 30 L.J. Ch. (N.S.) 857 .....	584
Lefebvre v. Alberta .....	(1993), 135 A.R. 338 .....	89
Libman v. Quebec (Attorney General) .....	[1997] 3 S.C.R. 569 .....	40
Litchfield v. Darwin .....	(1997), 29 B.C.L.R. (3d) 203 .....	686
Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue) .....	2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38 .....	87, 105

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Lohnes v. Town of Mahone Bay .....	(1983), 28 L.C.R. 338 .....	185
Lovelace v. Ontario .....	2000 SCC 37, [2000] 1 S.C.R. 950 .....	414
<b>M</b>		
M. v. H. ....	[1999] 2 S.C.R. 3 .....	416
MacDonald v. City of Montreal .....	[1986] 1 S.C.R. 460 .....	89
MacFarlane v. Smith .....	2003 NBCA 6, 256 N.B.R. (2d) 108 .....	299
Mack v. Canada (Attorney General) .....	(2002), 60 O.R. (3d) 737 .....	295
MacKinnon v. MacKinnon .....	(2005), 75 O.R. (3d) 175 .....	362
MacKinnon v. National Money Mart Co. ....	2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291 .....	549, 573
MacKinnon v. National Money Mart Co. ....	2009 BCCA 103, 89 B.C.L.R. (4th) 1 .....	549, 578
MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson .....	[1995] 4 S.C.R. 725 .....	94, 137
Marcotte v. Longueuil (City) .....	2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65 .....	605
McCullough v. Cities Service Co. ....	676 P.2d 833 (1984) .....	247
McDougall v. Gesell Estate .....	2001 MBCA 3, 153 Man. R. (2d) 54 .....	316
McKean v. Ontario (Ministry of Transportation) .....	(2008), 94 L.C.R. 185 .....	185
Memphis Rogues Ltd. v. Skalbania .....	(1982), 38 B.C.L.R. 193 .....	686
Métromédia C.M.R. Montréal inc. v. Johnson .....	2006 QCCA 132, [2006] R.J.Q. 395 .....	233
Mind Star Toys Inc. v. Samsung Co. ....	(1992), 9 O.R. (3d) 374 .....	598
Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc. ....	2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141 .....	31
Morris v. Crown Office .....	[1970] 1 All E.R. 1079 .....	60
Morris v. The Queen .....	[1983] 2 S.C.R. 190 .....	454
Murdoch v. Murdoch .....	[1975] 1 S.C.R. 423 .....	288
Murphy v. The Queen .....	[1977] 2 S.C.R. 603 .....	645
<b>N</b>		
Named Person v. Vancouver Sun .....	2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253 .....	72
Nance v. British Columbia Electric Railway Co. ....	[1951] A.C. 601 .....	342
Nasser v. Mayer-Nasser .....	(2000), 5 R.F.L. (5th) 100 .....	316
National Gypsum Co. v. Northern Sales Ltd. ....	[1964] S.C.R. 144 .....	586
Neiman-Marcus v. Lait .....	13 F.R.D. 311 (1952) .....	246
New Brunswick Electric Power Commission v. Maritime Electric Co. ....	[1985] 2 F.C. 13 .....	106
New York Times Co. v. Sullivan .....	376 U.S. 254 (1964) .....	230
No. 363 Dynamic Endeavours Inc. v. 34718 B.C. Ltd. ....	(1993), 81 B.C.L.R. (2d) 359 .....	598
Nolan v. Kerry (Canada) Inc. ....	2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678 .....	18, 198
Nolan v. Ocean, Accident and Guarantee Corp. ....	(1903), 5 O.L.R. 544 .....	585
Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh .....	2002 SCC 83, [2002] 4 S.C.R. 325 .....	298
Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin .....	2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504 .....	106, 416
<b>O</b>		
O'Brien v. Williamson Daily News .....	735 F. Supp. 218 (1990) .....	246
Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association .....	2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815 .....	39
Ordon Estate v. Grail .....	[1998] 3 S.C.R. 437 .....	98

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Ortenberg v. Plamondon .....	(1915), 24 B.R. 69, 385 .....	245, 265
Osborne v. Canada (Treasury Board) .....	[1991] 2 S.C.R. 69 .....	49
Ouellet v. Cloutier .....	[1947] S.C.R. 521 .....	238

## P

Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City) .....	2004 SCC 75, [2004] 3 S.C.R. 575 .....	308
Palmer v. The Queen .....	[1980] 1 S.C.R. 759 .....	634, 640
Panara v. Di Ascenzo .....	2005 ABCA 47, 361 A.R. 382 .....	316
Pecore v. Pecore .....	2007 SCC 17, [2007] 1 S.C.R. 795 .....	287
Peel (Regional Municipality) v. Canada .....	[1992] 3 S.C.R. 762 .....	292
Peter v. Beblow .....	[1988] B.C.J. No. 887 (QL) .....	322
Peter v. Beblow .....	(1990), 50 B.C.L.R. (2d) 266 .....	321
Peter v. Beblow .....	[1993] 1 S.C.R. 980 .....	293
Pettitt v. Pettitt .....	[1970] A.C. 777 .....	291
Pettkus v. Becker .....	[1980] 2 S.C.R. 834 .....	285
Pickelein v. Gillmore .....	(1997), 30 B.C.L.R. (3d) 44 .....	299
Procon (Great Britain) Ltd. v. Golden Eagle Co. ....	[1976] C.A. 565 .....	585
Prud'homme v. Prud'homme .....	2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663 ....	222, 260
Public Service Alliance of Canada v. Canadian Federal Pilots Assn. ....	2009 FCA 223, [2010] 3 F.C.R. 219 .....	10
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigra- tion) .....	[1998] 1 S.C.R. 982 .....	195

## Q

Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal .....	2004 SCC 30, [2004] 1 S.C.R. 789 .....	232
Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand .....	[1996] 3 S.C.R. 211 .....	232
Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp. ....	[1991] 1 W.W.R. 219 .....	589

## R

R. v. 974649 Ontario Inc. ....	2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575 .....	106
R. v. Anderson .....	2009 ABCA 67, 3 Alta. L.R. (5th) 29 .....	470, 499
R. v. Arcangioli .....	[1994] 1 S.C.R. 129 .....	444, 484, 503
R. v. B. (L.) .....	(1997), 35 O.R. (3d) 35 .....	454
R. v. B. (S.C.) .....	(1997), 36 O.R. (3d) 516 .....	514
R. v. Baltrusaitis .....	(2002), 58 O.R. (3d) 161 .....	515
R. v. Basi .....	2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389 .....	133
R. v. Bennett .....	(2003), 67 O.R. (3d) 257 .....	515
R. v. Bisson .....	(1997), 114 C.C.C. (3d) 154 .....	515
R. v. Bryan .....	2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527 .....	52
R. v. Butler .....	[1992] 1 S.C.R. 452 .....	41, 229
R. v. Campbell .....	(1998), 122 C.C.C. (3d) 44 .....	506
R. v. Canadian Broadcasting Corporation .....	2010 ONCA 726 (CanLII) .....	72
R. v. Caron .....	2006 ABPC 278, 416 A.R. 63 .....	102

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Caron .....	2007 ABQB 262, 75 Alta. L.R. (4th) 287 ..... 90, 107	
R. v. Caron .....	2008 ABPC 232, 95 Alta. L.R. (4th) 307 .....	88
R. v. Caron .....	2009 ABQB 745, 23 Alta. L.R. (5th) 321 .....	88
R. v. Caron .....	2010 ABCA 343, [2010] A.J. No. 1304 (QL) ..... 88	
R. v. Chambers .....	[1990] 2 S.C.R. 1293 .....	512
R. v. Charlebois .....	2000 SCC 53, [2000] 2 S.C.R. 674 .....	525
R. v. Chartrand .....	[1994] 2 S.C.R. 864 .....	473
R. v. Collins .....	2000 BCCA 437, 140 B.C.A.C. 311 .....	594
R. v. Conway .....	2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765 .....	107
R. v. Corbett .....	[1988] 1 S.C.R. 670 .....	462, 514
R. v. Cudjoe .....	2009 ONCA 543, 68 C.R. (6th) 86 .....	510
R. v. Cunningham .....	2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331 .....	94, 106
R. v. Curran .....	(2004), 188 O.A.C. 1 .....	464
R. v. Daley .....	2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523 .....	209
R. v. Figueroa .....	2008 ONCA 106, 58 C.R. (6th) 305 .....	511
R. v. Giroux .....	2005 CanLII 12396 .....	72
R. v. Hamilton .....	2005 SCC 47, [2005] 2 S.C.R. 432 .....	125
R. v. Hibbert .....	2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445 .....	464
R. v. Hurley .....	2010 SCC 18, [2010] 1 S.C.R. 637 .....	463
R. v. Illes .....	2008 SCC 57, [2008] 3 S.C.R. 134 .....	525
R. v. J.-L.J. ....	2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600 .....	454
R. v. Jacquard .....	[1997] 1 S.C.R. 314 .....	478, 509
R. v. Jaw .....	2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26 .....	468, 510
R. v. Jewitt .....	[1985] 2 S.C.R. 128 .....	108, 127
R. v. Jolivet .....	2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751 .....	477
R. v. Kapp .....	2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483 .....	410
R. v. Keegstra .....	[1990] 3 S.C.R. 697 .....	41, 228, 261
R. v. Keyowski .....	[1988] 1 S.C.R. 657 .....	127
R. v. Khan .....	2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823 .....	476, 525
R. v. Khela .....	2009 SCC 4, [2009] 1 S.C.R. 104 .....	462
R. v. La .....	[1997] 2 S.C.R. 680 .....	135
R. v. Layton .....	2009 SCC 36, [2009] 2 S.C.R. 540 .....	206
R. v. Levert .....	(2001), 150 O.A.C. 208 .....	469
R. v. M. (P.S.) .....	(1992), 77 C.C.C. (3d) 402 .....	641
R. v. Mac .....	2002 SCC 24, [2002] 1 S.C.R. 856 .....	473
R. v. MacKay .....	2005 SCC 75, [2005] 3 S.C.R. 607 .....	208
R. v. MacKinnon .....	(1999), 43 O.R. (3d) 378 .....	510
R. v. Malik .....	2005 BCSC 350 (CanLII) .....	116
R. v. Marinaro .....	(1994), 95 C.C.C. (3d) 74 .....	521
R. v. Marinaro .....	[1996] 1 S.C.R. 462 .....	521
R. v. Marshall .....	2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220 .....	92
R. v. Ménard .....	[1998] 2 S.C.R. 109 .....	506
R. v. Mentuck .....	2001 SCC 76 [2001] 3 S.C.R. 442 .....	47, 71
R. v. Mercure .....	[1988] 1 S.C.R. 234 .....	87
R. v. National Post .....	2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477 .....	43
R. v. Nelles .....	(1982), 16 C.C.C. (3d) 97 .....	459, 483, 499
R. v. O'Connor .....	[1995] 4 S.C.R. 411 .....	127
R. v. Oakes .....	[1986] 1 S.C.R. 103 .....	47

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Paquette .....	[1990] 2 S.C.R. 1103 .....	87
R. v. Paré .....	[1987] 2 S.C.R. 618 .....	473
R. v. Peavoy .....	(1997), 34 O.R. (3d) 620 .....	448, 509
R. v. Peel Regional Police Service .....	(2000), 149 C.C.C. (3d) 356 .....	94
R. v. Powell .....	(2006), 215 C.C.C. (3d) 274 .....	515
R. v. Rain .....	(1998), 223 A.R. 359 .....	87
R. v. Regan .....	2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297 .....	127
R. v. Rémillard .....	2009 MBCA 112, 249 C.C.C. (3d) 44 .....	89
R. v. Ribic .....	2004 CanLII 7091 .....	144
R. v. Rowbotham .....	(1988) 41 C.C.C. (3d) 1 .....	87, 667
R. v. S. (W.D.) .....	[1994] 3 S.C.R. 521 .....	208
R. v. Sharpe .....	2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45 .....	52, 125
R. v. Smith .....	[1992] 2 S.C.R. 915 .....	680
R. v. Snider .....	[1954] S.C.R. 479 .....	138
R. v. Southam Inc. ....	[1988] R.J.Q. 307 .....	39
R. v. Squires .....	(1992), 11 O.R. (3d) 385 .....	55
R. v. St. Lawrence Cement Inc. ....	(2002), 60 O.R. (3d) 712 .....	594
R. v. Symonds .....	(1983), 9 C.C.C. (3d) 225 .....	512
R. v. Trochym .....	2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239 .....	477, 525
R. v. Trotta .....	(2004), 191 O.A.C. 322 .....	469
R. v. Trotta .....	2007 SCC 49, [2007] 3 S.C.R. 453 .....	469
R. v. Turcotte .....	2005 SCC 50, [2005] 2 S.C.R. 519 .....	507
R. v. Turpin .....	[1989] 1 S.C.R. 1296 .....	411
R. v. Van .....	2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716 .....	447, 525
R. v. W. (D.) .....	[1991] 1 S.C.R. 742 .....	640
R. v. White .....	[1998] 2 S.C.R. 72 .....	444, 503
Ramsden v. Peterborough (City) .....	[1993] 2 S.C.R. 1084 .....	41
Rathwell v. Rathwell .....	[1978] 2 S.C.R. 436 .....	286
Raymond v. Abel .....	[1946] C.S. 251 .....	245
Re Conger Lehigh Coal Co. and City of Toronto .....	[1934] O.R. 35 .....	179
Re Del Core and Ontario College of Pharmacists .....	(1985), 51 O.R. (2d) 1 .....	682
Re Dow Chemical Canada Inc. and Union Gas Ltd. ....	(1982), 141 D.L.R. (3d) 641 .....	106
Re Residential Tenancies Act, 1979 .....	[1981] 1 S.C.R. 714 .....	137
Re Rootes Motors (Canada) Ltd. and Wm. Halliday Contracting Co. ....	[1952] 4 D.L.R. 300 .....	585
Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.) ...	[1996] 1 S.C.R. 186 .....	137
Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23 .....	2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669 .....	373
Reference re Goods and Services Tax .....	[1992] 2 S.C.R. 445 .....	295
Reference re Manitoba Language Rights .....	[1985] 1 S.C.R. 721 .....	88
Reference re Manitoba Language Rights .....	[1992] 1 S.C.R. 212 .....	88
Reynolds v. Times Newspapers Ltd. ....	[2001] 2 A.C. 127 .....	230
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) .....	[1998] 1 S.C.R. 27 .....	125
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General) .....	[1995] 3 S.C.R. 199 .....	52
Rogers Wireless Inc. v. Muroff .....	2007 SCC 35, [2007] 2 S.C.R. 921 .....	547, 573

## S

S. (L.) v. P. (E.) .....	(1999), 67 B.C.L.R. (3d) 254 .....	360
Sarrazin v. Duquette .....	(1935), 41 R. de J. 365 .....	255

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Saskatoon Credit Union Ltd. v. Central Park Enterprises Ltd. ....	(1988), 47 D.L.R. (4th) 431 .....	682
Scherk v. Alberto-Culver Co. ....	417 U.S. 506 (1974) .....	598
Scott v. Avery .....	(1856), 5 H.L.C. 811, 10 E.R. 1121 .....	585
Shannon v. Gidden .....	1999 BCCA 539, 71 B.C.L.R. (3d) 40 .....	299
Sim v. Stretch .....	[1936] 2 All E.R. 1237 .....	236
Smith v. Co-operators General Insurance Co. ....	2002 SCC 30, [2002] 2 S.C.R. 129 .....	563
Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans and Labour Standards Tribunal (N.S.) .....	[1989] 1 S.C.R. 238 .....	137
Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. v. Canada .....	2008 SCC 15, [2008] 1 S.C.R. 383 .....	89
Société Radio-Canada v. Bérubé .....	[2005] R.J.Q. 1183 .....	72
Société Radio-Canada v. Québec (Procureur général) .....	2008 QCCA 1910, [2008] R.J.Q. 2303 .....	69
Société Radio-Canada v. Radio Sept-Îles inc. ....	[1994] R.J.Q. 1811 .....	232
Sorochan v. Sorochan .....	[1986] 2 S.C.R. 38 .....	294
Soulos v. Korkontzilas .....	[1997] 2 S.C.R. 217 .....	308
Sport Maska Inc. v. Zittner .....	[1988] 1 S.C.R. 564 .....	588
St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette .....	2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392 ...	232, 263
Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) .....	2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3 .....	40
Szetela v. Discover Bank .....	118 Cal.Rptr.2d 862 (2002) .....	622

## T

Theophanous v. Herald & Weekly Times Ltd. ....	(1994), 124 A.L.R. 1 .....	230
Thériault v. The Queen .....	[1981] 1 S.C.R. 336 .....	524
Thomas v. Fenton .....	2006 BCCA 299, 269 D.L.R. (4th) 376 .....	322
Thoreson v. Alberta (Minister of Infrastructure).....	2007 ABCA 272, 79 Alta. L.R. (4th) 75 ...	184
Ting v. AT&T .....	319 F.3d 1126 (2003) .....	622
Toronto Area Transit Operating Authority v. Dell Holdings Ltd. ....	[1997] 1 S.C.R. 32 .....	180
Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79 .....	2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77 .....	108, 173, 680
Toronto (City) v. Canadian Union of Public Employees, Local 79 .....	(2001), 55 O.R. (3d) 541 .....	680
Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15 .....	[1997] 1 S.C.R. 487 .....	190
Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada .....	2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721 .....	38, 72
Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario .....	2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188 .....	72
Town of Mahone Bay v. Lohnes .....	(1983), 59 N.S.R. (2d) 65 .....	185
Town of Mahone Bay v. Lohnes .....	(1983), 59 N.S.R. (2d) 68 .....	184
Trahan v. Imprimerie Gagné Ltée .....	[1987] R.J.Q. 2417 .....	248

## U

U.E.S., local 298 v. Bibeault .....	[1988] 2 S.C.R. 1048 .....	195
Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia .....	2003 SCC 40, [2003] 2 S.C.R. 63 .....	558
United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General) .....	[1992] 1 S.C.R. 901 .....	94

## V

Vancouver v. Brandram-Henderson of B.C. Ltd. ....	(1959), 18 D.L.R. (2d) 700 .....	586
Vancouver Sun (Re) .....	2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332 .....	72
Vickery v. Nova Scotia Supreme Court (Prothonotary) .....	[1991] 1 S.C.R. 671 .....	71

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Vilaire v. Association professionnelle des sténographes officiels du Québec .....	[1999] R.J.Q. 1609 .....	58
Ville de Granby v. Désourdy Construction Ltée .....	[1973] C.A. 971 .....	588
Vinette Construction Ltée v. Dobrinsky .....	[1962] B.R. 62 .....	587
<b>W</b>		
Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton .....	2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534 .....	605
WIC Radio Ltd. v. Simpson .....	2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420 ....	229, 260
Wilson v. Fotsch .....	2010 BCCA 226, 319 D.L.R. (4th) 26 .....	299
<b>Y</b>		
Yousif v. Salama .....	[1980] 3 All E.R. 405 .....	677
<b>Z</b>		
Zhang v. Chau .....	2008 QCCA 961, [2008] R.R.A. 523 .....	245
Zodiak International Productions Inc. v. Polish People's Republic .....	[1983] 1 S.C.R. 529 .....	587





# TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
<b>A</b>		
A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille) ....	2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181 .....	410
A.U.P.E. c. Edmonton Sun .....	(1986), 49 Alta. L.R. (2d) 141 .....	246, 266
Abou-Elmaati c. Canada (Attorney General) .....	2011 ONCA 95 (CanLII) .....	138
ACS Public Sector Solutions Inc. c. Courthouse Technologies Ltd. ...	2005 BCCA 605, 48 B.C.L.R. (4th) 328 .....	563
Adams c. WFTV Inc. ....	24 Med. L. Rptr. 1350 (1995) .....	246
Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony .....	2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567 .....	52, 410
Algarin c. Town of Wallkill .....	421 F.3d 137 (2005) .....	250
Alliance de la Fonction publique du Canada c. Assoc. des pilotes fédéraux du Canada .....	2009 CAF 223, [2010] 3 R.C.F. 219 .....	9
Altwasser c. Home Insurance Co. of New York .....	[1933] 2 W.W.R. 46 .....	585
Andrews c. Law Society of British Columbia .....	[1989] 1 R.C.S. 143 .....	401
Anton Piller KG c. Manufacturing Processes Ltd. ....	[1976] 1 Ch. 55 .....	677
Arcand c. Evening Call Publishing Co. ....	567 F.2d 1163 (1977) .....	250
Arthur J.S. Hall & Co. c. Simons .....	[2000] U.K.H.L. 38, [2002] 1 A.C. 615 .....	683
Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct inc. ....	2008 CSC 32, [2008] 2 R.C.S. 195 .....	197
Association des policiers de Sherbrooke c. Delorme .....	[1997] R.J.Q. 2826 .....	252
ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board) .....	2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140 .....	106, 182
Automatic Systems Inc. c. Bracknell Corp. ....	(1994), 12 B.L.R. (2d) 132 .....	589
Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général) .....	2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657 .....	417
Azoulay c. The Queen .....	[1952] 2 R.C.S. 495 .....	208
<b>B</b>		
B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général) .....	[1988] 2 R.C.S. 214 .....	61
Babcock c. Canada (Procureur général) .....	2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3 .....	133
Bai c. Sing Tao Daily Ltd. ....	(2003), 226 D.L.R. (4th) 477 .....	246
Baier c. Alberta .....	2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673 .....	39
Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada .....	2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222 .....	410
Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble ...	2003 CSC 28, [2003] 1 R.C.S. 476 .....	196
Bauer c. Banque de Montréal .....	[1980] 2 R.C.S. 102 .....	567
Bayview Builder's Supply (1972) Ltd. c. British Columbia (Minister of Transportation & Highways) .....	1999 BCCA 320, 67 B.C.L.R. (3d) 312 .....	186
Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc. ....	[1996] 2 R.C.S. 345 .....	231
Bell c. Bailey .....	(2001), 203 D.L.R. (4th) 589 .....	299
Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes) .....	[1989] 1 R.C.S. 1722 .....	106
Bilodeau c. Procureur général du Manitoba .....	[1986] 1 R.C.S. 449 .....	89

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Birmingham c. Ferguson .....	2004 CanLII 4764 .....	316
Bisaillon c. Université Concordia .....	2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666 .....	242, 556, 575
Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège (GC) .....	n° 21980/93, CEDH 1999-III .....	230
Boart Sweden AB c. NYA Stromnes AB .....	(1988), 41 B.L.R. 295 .....	589
Booth c. British Columbia Television Broadcasting System .....	(1982), 139 D.L.R. (3d) 88 .....	248
Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd. ....	[1995] 3 R.C.S. 3 .....	237
Bouchard c. Agropur Coopérative .....	2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349 .....	240
Bradley c. McIntosh .....	(1884), 5 O.R. 227 .....	138
Brand c. National Life Assurance Co. ....	(1918), 44 D.L.R. 412 .....	585
British Columbia Government and Service Employees' Union c. British Columbia (Minister of Health Services) .....	2007 BCCA 379, 245 B.C.A.C. 39 .....	594
Burlington Northern Railroad Co. c. Canadian National Railway Co. ....	(1995), 59 B.C.A.C. 97 .....	589
Burlington Northern Railroad Co. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada .....	[1997] 1 R.C.S. 5 .....	589
Butler c. Southam Inc. ....	2001 NSCA 121, 197 N.S.R. (2d) 97 .....	246, 264
BVerfGE 82, 272, affaire Stern-Strauß .....	26 juin 1990 .....	230
BVerfGE 93, 266, affaire des soldats assassins .....	10 octobre 1995 .....	230
BWV Investments Ltd. c. Saskferco Products Inc. ....	(1994), 125 Sask. R. 286 .....	589

## C

Cabay c. Fafard .....	[1986] J.Q. n° 2823 (QL) .....	240
Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée .....	[1999] 1 R.C.S. 142 .....	307
Campbell River Woodworkers' & Builders' Supply (1966) Ltd. c. British Columbia (Minister of Transportation & Highways) .....	2004 BCCA 27, 22 B.C.L.R. (4th) 210 .....	184
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa .....	2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 .....	18, 198
Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net .....	[1998] 1 R.C.S. 626 .....	94
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc. ....	[1997] 1 R.C.S. 748 .....	195
Canada (Procureur général) c. Khawaja .....	2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547 .....	131
Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc. ....	2001 CSC 36, [2001] 2 R.C.S. 100 .....	13
Capitanescu c. Universal Weld Overlays Inc. ....	(1996), 46 Alta. L.R. (3d) 203 .....	690
Carey c. Ontario .....	[1986] 2 R.C.S. 637 .....	138
Cass. ass. plén., 12 juillet 2000 .....	Bull. civ., n° 8 .....	230
Cass. crim., 6 décembre 1994 .....	Dr. pénal 1995, comm. 93, obs. M. Véron .....	245
Cass. crim., 16 janvier 1969 .....	Bull. crim., n° 35 .....	246
Cass. crim., 16 septembre 2003 .....	Bull. crim., n° 161 .....	250
Cass. crim., 22 novembre 1934 .....	D.P. 1936.1.27, note M. Nast .....	246
Cass. crim., 26 mai 1987 .....	Bull. crim., n° 217 .....	249
Cass. crim., 29 janvier 2008 .....	Bull. crim., n° 23 .....	245
Catalyst Partners Inc. c. Meridian Packaging Ltd. ....	2007 ABCA 201, 76 Alta. L.R. (4th) 264 .....	690
Cayzer, Irvine and Co. c. Board of Trade .....	[1927] 1 K.B. 269 .....	585
Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp. ....	2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189 .....	675
Celgene Corp. c. Canada (Procureur général) .....	2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3 .....	174, 199
Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration) .....	2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 .....	118
Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd. ....	[1979] 1 R.C.S. 1067 .....	237

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Children's Aid Society of Huron County c. P. (C.) .....	2002 CanLII 45644 .....	106
Chohan c. Cadsky .....	2009 ABCA 334, 464 A.R. 57 .....	237
Christian & Missionary Alliance c. Municipality of Metropolitan Toronto .....	(1973), 3 O.R. (2d) 655 .....	181
Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence) .....	[1992] 2 R.C.S. 394 .....	106
Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette .....	2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392 ....	232, 263
Clarke c. Clarke .....	[1990] 2 R.C.S. 795 .....	304
Colombani c. France .....	n° 51279/99, CEDH 2002-V .....	230
Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan .....	2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371 .....	87, 105
Color Your World Corp. c. Canadian Broadcasting Corp. ....	(1998), 38 O.R. (3d) 97 .....	237
Comité pour la République du Canada c. Canada .....	[1991] 1 R.C.S. 139 .....	41
Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick c. Maritime Electric Co. ....	[1985] 2 C.F. 13 .....	106
Condominiums Mont St-Sauveur Inc. c. Constructions Serge Sauvé Ltée .....	[1990] R.J.Q. 2783 .....	589
Confédération des syndicats nationaux c. Canada (Procureur général) .....	2008 CSC 68, [2008] 3 R.C.S. 511 .....	373
Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., District 15...	[1997] 1 R.C.S. 487 .....	190
Co-operators Compagnie d'assurance-vie c. Gibbens .....	2009 CSC 59, [2009] 3 R.C.S. 605 .....	567
Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) .....	[1999] 2 R.C.S. 203 .....	411
<b>D</b>		
D.B.S. c. S.R.G. ....	2006 CSC 37, [2006] 2 R.C.S. 231 .....	360
Dagenais c. Société Radio-Canada .....	[1994] 3 R.C.S. 835 .....	47, 71
Dalimpex Ltd. c. Janicki .....	(2003), 64 O.R. (3d) 737 .....	597
Dancap Productions Inc. c. Key Brand Entertainment Inc. ....	2009 ONCA 135, 246 O.A.C. 226 .....	597
Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc. ....	2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460 .....	183, 680
Dawson (City) c. TSL Contractors Ltd. ....	2003 YKCA 3, 180 B.C.A.C. 205 .....	597
de Montigny c. Brossard (Succession) .....	2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64 .....	231
Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs .....	2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801 .....	242, 544, 573
Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc. ....	2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178 ....	556, 584
Deuterium of Canada Ltd. c. Burns & Roe of Canada Ltd. ....	(1970), 15 D.L.R. (3d) 568 .....	585
Diggon-Hibben, Ltd. c. The King .....	[1949] R.C.S. 712 .....	180
Dole Refrigerating Products Ltd. c. Canadian Ice Machine Co. ....	(1957), 28(2) C.P.R. 32 .....	14
Doleman & Sons c. Ossett Corp. ....	[1912] 3 K.B. 257 .....	584
Domco Industries Ltd. c. Mannington Mills, Inc. ....	(1990), 29 C.P.R. (3d) 481 .....	14
Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia .....	2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226 .....	196
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick .....	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 ....	9, 172, 188
Dyer c. Dyer .....	(1788), 2 Cox Eq. Cas. 92, 30 E.R. 42 .....	285
<b>E</b>		
Eastwood c. Holmes .....	(1858), 1 F. & F. 347, 175 E.R. 758 .....	251
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général) .....	[1989] 2 R.C.S. 1326 .....	38
Edwards c. Aberayron Mutual Ship Insurance Society Ltd. ....	(1876), 1 Q.B.D. 563 .....	584

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
<b>F</b>		
Farrell c. Triangle Publications, Inc. ....	159 A.2d 734 (1960) .....	251
Farrington c. Leigh .....	Times Law Report, 10 décembre 1987 .....	250
Fawcett Publications, Inc. c. Morris .....	377 P.2d 42 (1962) .....	247
Finlay c. Canada (Ministre des Finances) .....	[1993] 1 R.C.S. 1080 .....	382
Ford c. Québec (Procureur général) .....	[1988] 2 R.C.S. 712 .....	41
Ford c. Werden .....	(1996), 27 B.C.L.R. (3d) 169 .....	321
Foulis c. Robinson .....	(1978), 92 D.L.R. (3d) 134 .....	187
<b>G</b>		
Garland c. Consumers' Gas Co. ....	[1998] 3 R.C.S. 112 .....	325
Garland c. Consumers' Gas Co. ....	2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629 .....	294
Gauthier c. Toronto Star Daily Newspapers Ltd. ....	(2003), 228 D.L.R. (4th) 748 .....	257
Gauthier c. Toronto Star Daily Newspapers Ltd. ....	(2004), 188 O.A.C. 211 .....	247
Giles c. McEwan .....	(1896), 11 Man. R. 150 .....	324
Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec .....	2004 CSC 53, [2004] 3 R.C.S. 95 .....	222, 261
Gissing c. Gissing .....	[1970] 2 All E.R. 780 .....	288
Gordon and Gotch (Australasia) Ltd. c. Montreal Australia New Zealand Line Ltd. ....	(1940), 68 B.R. 428 .....	587
Gosselin c. Québec (Procureur général) .....	2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429 .....	415
Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	2000 CSC 28, [2000] 1 R.C.S. 703 .....	420
Grant c. Torstar Corp. ....	2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640 .....	229, 260
Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique .....	2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295 .....	39
GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc. ....	2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401 .....	556, 589
Griffin c. Dell Canada Inc. ....	2010 ONCA 29, 98 O.R. (3d) 481 .....	543
Gross c. Cantor .....	270 N.Y. 93 (1936) .....	250
Gudmondson c. The King .....	(1933), 60 C.C.C. 332 .....	450, 507
Gugy c. Maguire .....	(1863), 13 L.C.R. 33 .....	138
Gulf Canada Resources Ltd. c. Arochem International Ltd. ....	(1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113 .....	592
<b>H</b>		
Haig c. Canada (Directeur général des élections) .....	[1993] 2 R.C.S. 995 .....	412
Harrison c. Kalinocha .....	(1994), 90 B.C.L.R. (2d) 273 .....	299
Harvey c. The King .....	[1901] A.C. 601 .....	683
Herman c. Smith .....	(1984), 42 R.F.L. (2d) 154 .....	300
Hervieux-Payette c. Société Saint-Jean-Baptiste de Montréal .....	[1998] R.J.Q. 131 .....	238
Hill c. Église de scientologie de Toronto .....	[1995] 2 R.C.S. 1130 .....	229
Hill c. Nova Scotia (Attorney General) (No. 2) .....	(1997), 155 D.L.R. (4th) 767 .....	186
Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) .....	2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357 .....	416
Holdom c. British Columbia Transit .....	2006 BCCA 488, 58 B.C.L.R. (4th) 207 .....	186
Hollick c. Toronto (Ville) .....	2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158 .....	605
Hollington c. F. Hewthorn & Co. ....	[1943] 1 K.B. 587 .....	682
Horton c. Sayer .....	(1859), 4 H. & N. 643, 157 E.R. 993 .....	584

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Housen c. Nikolaisen .....	2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 .....	380
Hypothèques Trustco Canada c. Canada .....	2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601 .....	12

## I

Ian MacDonald Library Services Ltd. c. P.Z. Resort Systems Inc. ....	(1987), 14 B.C.L.R. (2d) 273 .....	181
ICN Pharmaceuticals, Inc. c. Canada (Personnel du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés) .....	[1996] A.C.F. n° 206 (QL) .....	16
Interprovincial Pipe Line Ltd. c. Office national de l'énergie .....	[1978] 1 C.F. 601 .....	106
Irving Oil Co. c. The King .....	[1946] R.C.S. 551 .....	180
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général) .....	[1989] 1 R.C.S. 927 .....	40, 71

## J

Jackson c. TCN Channel 9 .....	[2001] NSWCA 108 (AustLII) .....	247
Jameel c. Wall Street Journal Europe Sprl .....	[2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359 .....	230
Jean Estate c. Wires Jolley LLP .....	2009 ONCA 339, 96 O.R. (3d) 171 .....	598
Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. c. Jacyk Estate .....	(2005), 2 B.L.R. (4th) 151 .....	606
Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne c. Fondation du Théâtre du Nouveau-Monde .....	[1979] C.A. 491 .....	239
Johnston c. Western Assurance Co. ....	(1879), 4 O.A.R. 281 .....	585
Jorgensen c. News Media (Auckland) Ltd. ....	[1969] N.Z.L.R. 961 .....	683

## K

Kaverit Steel and Crane Ltd. c. Kone Corp. ....	(1992), 87 D.L.R. (4th) 129 .....	598
Knupffer c. London Express Newspaper, Ltd. ....	[1944] A.C. 116 .....	246, 265

## L

Labour Relations Board of Saskatchewan c. The Queen .....	[1956] R.C.S. 82 .....	129
Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc. ....	2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743 .....	33
Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd. ....	[1989] 2 R.C.S. 574 .....	298
Lange c. Atkinson .....	[2000] 3 N.Z.L.R. 385 .....	230
Lange c. Australian Broadcasting Corp. ....	(1997), 189 C.L.R. 520 .....	230
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) .....	[1999] 1 R.C.S. 497 .....	407
Lee c. Page .....	(1861), 30 L.J. Ch. (N.S.) 857 .....	584
Lefebvre c. Alberta .....	(1993), 135 A.R. 338 .....	89
Libman c. Québec (Procureur général) .....	[1997] 3 R.C.S. 569 .....	40
Ligue de la radiodiffusion canadienne c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes .....	[1983] 1 C.F. 182 .....	106
Litchfield c. Darwin .....	(1997), 29 B.C.L.R. (3d) 203 .....	686
Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu) .....	2007 CSC 2, [2007] 1 R.C.S. 38 .....	87, 105
Lohnes c. Town of Mahone Bay .....	(1983), 28 L.C.R. 338 .....	185
Lovelace c. Ontario .....	2000 CSC 37, [2000] 1 R.C.S. 950 .....	414

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
<b>M</b>		
M. c. H. ....	[1999] 2 R.C.S. 3 .....	416
MacDonald c. Ville de Montréal .....	[1986] 1 R.C.S. 460 .....	89
MacFarlane c. Smith .....	2003 NBCA 6, 256 R.N.-B. (2 <sup>e</sup> ) 108 .....	299
Mack c. Canada (Procureur général) .....	(2002), 60 O.R. (3d) 756 .....	295
MacKinnon c. MacKinnon .....	(2005), 75 O.R. (3d) 175 .....	362
MacKinnon c. National Money Mart Co. ....	2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291 ...	549, 573
MacKinnon c. National Money Mart Co. ....	2009 BCCA 103, 89 B.C.L.R. (4th) 1 ...	549, 578
MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson .....	[1995] 4 R.C.S. 725 .....	94, 137
Marcotte c. Longueuil (Ville) .....	2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65 .....	605
McCullough c. Cities Service Co. ....	676 P.2d 833 (1984) .....	247
McDougall c. Gesell Estate .....	2001 MBCA 3, 153 Man. R. (2d) 54 .....	316
McKean c. Ontario (Ministry of Transportation) .....	(2008), 94 L.C.R. 185 .....	185
Memphis Rogues Ltd. c. Skalbania .....	(1982), 38 B.C.L.R. 193 .....	686
Métromédia C.M.R. Montréal inc. c. Johnson .....	2006 QCCA 132, [2006] R.J.Q. 395 .....	233
Mind Star Toys Inc. c. Samsung Co. ....	(1992), 9 O.R. (3d) 374 .....	598
Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc. ....	2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141 .....	31
Morris c. Crown Office .....	[1970] 1 All E.R. 1079 .....	60
Morris c. La Reine .....	[1983] 2 R.C.S. 190 .....	455
Murdoch c. Murdoch .....	[1975] 1 R.C.S. 423 .....	288
Murphy c. La Reine .....	[1977] 2 R.C.S. 603 .....	645
<b>N</b>		
Nance c. British Columbia Electric Railway Co. ....	[1951] A.C. 601 .....	342
Nasser c. Mayer-Nasser .....	(2000), 5 R.F.L. (5th) 100 .....	316
National Gypsum Co. c. Northern Sales Ltd. ....	[1964] R.C.S. 144 .....	586
Neiman-Marcus c. Lait .....	13 F.R.D. 311 (1952) .....	246
New York Times Co. c. Sullivan .....	376 U.S. 254 (1964) .....	230
No. 363 Dynamic Endeavours Inc. c. 34718 B.C. Ltd. ....	(1993), 81 B.C.L.R. (2d) 359 .....	598
Nolan c. Kerry (Canada) Inc. ....	2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678 .....	18, 198
Nolan c. Ocean, Accident and Guarantee Corp. ....	(1903), 5 O.L.R. 544 .....	585
Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh .....	2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325 .....	298
Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin .....	2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504 .....	107, 416
<b>O</b>		
O'Brien c. Williamson Daily News .....	735 F. Supp. 218 (1990) .....	246
Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association .....	2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815 .....	39
Ortenberg c. Plamondon .....	(1915), 24 B.R. 69, 385 .....	245, 265
Osborne c. Canada (Conseil du Trésor) .....	[1991] 2 R.C.S. 69 .....	49
Ouellet c. Cloutier .....	[1947] R.C.S. 521 .....	238
<b>P</b>		
Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville) .....	2004 CSC 75, [2004] 3 R.C.S. 575 .....	308

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Palmer c. La Reine .....	[1980] 1 R.C.S. 759 .....	634, 640
Panara c. Di Ascenzo .....	2005 ABCA 47, 361 A.R. 382 .....	316
Pecore c. Pecore .....	2007 CSC 17, [2007] 1 R.C.S. 795 .....	287
Peel (Municipalité régionale) c. Canada .....	[1992] 3 R.C.S. 762 .....	292
Personne désignée c. Vancouver Sun .....	2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253 .....	72
Peter c. Beblow .....	[1988] B.C.J. No. 887 (QL) .....	322
Peter c. Beblow .....	(1990), 50 B.C.L.R. (2d) 266 .....	321
Peter c. Beblow .....	[1993] 1 R.C.S. 980 .....	293
Pettitt c. Pettitt .....	[1970] A.C. 777 .....	291
Pettkus c. Becker .....	[1980] 2 R.C.S. 834 .....	285
Pickelein c. Gillmore .....	(1997), 30 B.C.L.R. (3d) 44 .....	299
Procon (Great Britain) Ltd. c. Golden Eagle Co. ....	[1976] C.A. 565 .....	585
Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre .....	[1982] 1 R.C.S. 175 .....	38, 72
Procureur général du Manitoba c. Forest .....	[1979] 2 R.C.S. 1032 .....	89
Prud'homme c. Prud'homme .....	2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663 ....	222, 260
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) .....	[1998] 1 R.C.S. 982 .....	195

## Q

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal .....	2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789 .....	232
Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand .....	[1996] 3 R.C.S. 211 .....	232
Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp. ....	[1991] 1 W.W.R. 219 .....	589

## R

R. c. 974649 Ontario Inc. ....	2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575 .....	106
R. c. Anderson .....	2009 ABCA 67, 3 Alta. L.R. (5th) 29 .....	470, 499
R. c. Arcangioli .....	[1994] 1 R.C.S. 129 .....	444, 484, 503
R. c. B. (L.) .....	(1997), 35 O.R. (3d) 35 .....	455
R. c. B. (S.C.) .....	(1997), 36 O.R. (3d) 516 .....	514
R. c. Baltrusaitis .....	(2002), 58 O.R. (3d) 161 .....	515
R. c. Basi .....	2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389 .....	133
R. c. Bennett .....	(2003), 67 O.R. (3d) 257 .....	515
R. c. Bisson .....	[1997] R.J.Q. 286 .....	514
R. c. Bryan .....	2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527 .....	52
R. c. Butler .....	[1992] 1 R.C.S. 452 .....	41, 229
R. c. Campbell .....	(1998), 122 C.C.C. (3d) 44 .....	507
R. c. Canadian Broadcasting Corporation .....	2010 ONCA 726 (CanLII) .....	72
R. c. Caron .....	2006 ABPC 278, 416 A.R. 63 .....	102
R. c. Caron .....	2007 ABQB 262, 75 Alta. L.R. (4th) 287 ...	90, 107
R. c. Caron .....	2008 ABPC 232, 95 Alta. L.R. (4th) 307 ....	88
R. c. Caron .....	2009 ABQB 745, 2009 CarswellAlta 2189 ..	88

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Caron .....	2010 ABCA 343, [2010] A.J. No. 1303 (QL)	88
R. c. Chambers .....	[1990] 2 R.C.S. 1293 .....	512
R. c. Charlebois .....	2000 CSC 53, [2000] 2 R.C.S. 674 .....	525
R. c. Chartrand .....	[1994] 2 R.C.S. 864 .....	473
R. c. Collins .....	2000 BCCA 437, 140 B.C.A.C. 311 .....	594
R. c. Conway .....	2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765 .....	107
R. c. Corbett .....	[1988] 1 R.C.S. 670 .....	462, 514
R. c. Cudjoe .....	2009 ONCA 543, 68 C.R. (6th) 86 .....	510
R. c. Cunningham .....	2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331 .....	94, 106
R. c. Curran .....	(2004), 188 O.A.C. 1 .....	464
R. c. Daley .....	2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523 .....	209
R. c. Figueroa .....	2008 ONCA 106, 58 C.R. (6th) 305 .....	511
R. c. Giroux .....	2005 CanLII 12396 .....	72
R. c. Hamilton .....	2005 CSC 47, [2005] 2 R.C.S. 432 .....	125
R. c. Hibbert .....	2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445 .....	464
R. c. Hurley .....	2010 CSC 18, [2010] 1 R.C.S. 637 .....	463
R. c. Illes .....	2008 CSC 57, [2008] 3 R.C.S. 134 .....	525
R. c. J.-L.J. ....	2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600 .....	455
R. c. Jacquard .....	[1997] 1 R.C.S. 314 .....	478, 509
R. c. Jaw .....	2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26 .....	468, 510
R. c. Jewitt .....	[1985] 2 R.C.S. 128 .....	108, 127
R. c. Jolivet .....	2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751 .....	477
R. c. Kapp .....	2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483 .....	410
R. c. Keegstra .....	[1990] 3 R.C.S. 697 .....	41, 228, 261
R. c. Keyowski .....	[1988] 1 R.C.S. 657 .....	127
R. c. Khan .....	2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823 .....	476, 525
R. c. Khela .....	2009 CSC 4, [2009] 1 R.C.S. 104 .....	462
R. c. La .....	[1997] 2 R.C.S. 680 .....	135
R. c. Layton .....	2009 CSC 36, [2009] 2 R.C.S. 540 .....	206
R. c. Levert .....	(2001), 150 O.A.C. 208 .....	469
R. c. M. (P.S.) .....	(1992), 77 C.C.C. (3d) 402 .....	641
R. c. Mac .....	2002 CSC 24, [2002] 1 R.C.S. 856 .....	473
R. c. MacKay .....	2005 CSC 75, [2005] 3 R.C.S. 607 .....	208
R. c. MacKinnon .....	(1999), 43 O.R. (3d) 378 .....	510
R. c. Malik .....	2005 BCSC 350 (CanLII) .....	116
R. c. Marinaro .....	(1994), 95 C.C.C. (3d) 74 .....	521
R. c. Marinaro .....	[1996] 1 R.C.S. 462 .....	521
R. c. Marshall .....	2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220 .....	92
R. c. Ménard .....	[1998] 2 R.C.S. 109 .....	506
R. c. Mentuck .....	2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442 .....	47, 71
R. c. Mercure .....	[1988] 1 R.C.S. 234 .....	87
R. c. National Post .....	2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477 .....	43
R. c. Nelles .....	(1982), 16 C.C.C. (3d) 97 .....	459, 483, 499
R. c. O'Connor .....	[1995] 4 R.C.S. 411 .....	128
R. c. Oakes .....	[1986] 1 R.C.S. 103 .....	47
R. c. Paquette .....	[1990] 2 R.C.S. 1103 .....	87
R. c. Paré .....	[1987] 2 R.C.S. 618 .....	473
R. c. Peavoy .....	(1997), 34 O.R. (3d) 620 .....	448, 509
R. c. Peel Regional Police Service .....	(2000), 149 C.C.C. (3d) 356 .....	94



INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Powell .....	(2006), 215 C.C.C. (3d) 274 .....	515
R. c. Rain .....	(1998), 223 A.R. 359 .....	87
R. c. Regan .....	2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297 .....	128
R. c. Rémillard .....	2009 MBCA 112, 249 C.C.C. (3d) 44 .....	89
R. c. Ribic .....	2004 CanLII 7091 .....	144
R. c. Rowbotham .....	(1988), 41 C.C.C. (3d) 1 .....	87, 667
R. c. S. (W.D.) .....	[1994] 3 R.C.S. 521 .....	208
R. c. Sharpe .....	2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45 .....	52, 125
R. c. Smith .....	[1992] 2 R.C.S. 915 .....	680
R. c. Snider .....	[1954] R.C.S. 479 .....	138
R. c. Southam Inc. ....	[1988] R.J.Q. 307 .....	39
R. c. Squires .....	(1992), 11 O.R. (3d) 385 .....	55
R. c. St. Lawrence Cement Inc. ....	(2002), 60 O.R. (3d) 712 .....	594
R. c. Symonds .....	(1983), 9 C.C.C. (3d) 225 .....	512
R. c. Trochym .....	2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239 .....	477, 524
R. c. Trotta .....	(2004), 191 O.A.C. 322 .....	469
R. c. Trotta .....	2007 CSC 49, [2007] 3 R.C.S. 453 .....	469
R. c. Turcotte .....	2005 CSC 50, [2005] 2 R.C.S. 519 .....	507
R. c. Turpin .....	[1989] 1 R.C.S. 1296 .....	411
R. c. Van .....	2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716 .....	447, 525
R. c. W. (D.) .....	[1991] 1 R.C.S. 742 .....	640
R. c. White .....	[1998] 2 R.C.S. 72 .....	444, 503
Ramsden c. Peterborough (Ville) .....	[1993] 2 R.C.S. 1084 .....	41
Rathwell c. Rathwell .....	[1978] 2 R.C.S. 436 .....	286
Raymond c. Abel .....	[1946] C.S. 251 .....	245
Re Conger Lehigh Coal Co. and City of Toronto .....	[1934] O.R. 35 .....	179
Re Del Core and Ontario College of Pharmacists .....	(1985), 51 O.R. (2d) 1 .....	682
Re Dow Chemical Canada Inc. and Union Gas Ltd. ....	(1982), 141 D.L.R. (3d) 641 .....	106
Re Rootes Motors (Canada) Ltd. and Wm. Halliday Contracting Co. ....	[1952] 4 D.L.R. 300 .....	585
Régie des transports en commun de la région de Toronto c. Dell Holdings Ltd. ....	[1997] 1 R.C.S. 32 .....	180
Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.) .....	[1996] 1 R.C.S. 186.....	137
Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle .....	[1981] 1 R.C.S. 714 .....	137
Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23 .....	2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669 .....	373
Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services .....	[1992] 2 R.C.S. 445 .....	295
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba .....	[1985] 1 R.C.S. 721 .....	88
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba .....	[1992] 1 R.C.S. 212 .....	88
Reynolds c. Times Newspapers Ltd. ....	[2001] 2 A.C. 127 .....	230
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) .....	[1998] 1 R.C.S. 27 .....	125
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général) .....	[1995] 3 R.C.S. 199 .....	52
Rogers Sans-fil inc. c. Muroff .....	2007 CSC 35, [2007] 2 R.C.S. 921 .....	547, 573

## S

S. (L.) c. P. (E.) .....	(1999), 67 B.C.L.R. (3d) 254 .....	360
Sarrazin c. Duquette .....	(1935), 41 R. de J. 365 .....	255
Saskatoon Credit Union Ltd. c. Central Park Enterprises Ltd. ....	(1988), 47 D.L.R. (4th) 431 .....	682

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Scherk c. Alberto-Culver Co. ....	417 U.S. 506 (1974) .....	598
Scott c. Avery .....	(1856), 5 H.L.C. 811, 10 E.R. 1121 .....	585
Shannon c. Gidden .....	1999 BCCA 539, 71 B.C.L.R. (3d) 40 .....	299
Sim c. Stretch .....	[1936] 2 All E.R. 1237 .....	236
Smith c. Cie d'assurance générale Co-operators .....	2002 CSC 30, [2002] 2 R.C.S. 129 .....	563
Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans et Labour Standards Tribunal (N.-É.) .....	[1989] 1 R.C.S. 238 .....	137
Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. c. Canada .....	2008 CSC 15, [2008] 1 R.C.S. 383 .....	89
Société Radio-Canada c. Bérubé .....	[2005] R.J.Q. 1183 .....	72
Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail) ....	[1995] 1 R.C.S. 157 .....	190
Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général) .....	2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19 .....	68, 228
Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général) ...	[1996] 3 R.C.S. 480 .....	38, 108
Société Radio-Canada c. Québec (Procureur général) .....	2008 QCCA 1910, [2008] R.J.Q. 2303 .....	69
Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles inc. ....	[1994] R.J.Q. 1811 .....	232
Sorochan c. Sorochan .....	[1986] 2 R.C.S. 38 .....	294
Soulos c. Korkontzilias .....	[1997] 2 R.C.S. 217 .....	308
Sport Maska Inc. c. Zittler .....	[1988] 1 R.C.S. 564 .....	588
Succession Ordon c. Grail .....	[1998] 3 R.C.S. 437 .....	98
Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ....	2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 .....	40
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick .....	[1979] 2 R.C.S. 227 .....	175, 194
Szetela c. Discover Bank .....	118 Cal.Rptr.2d 862 (2002) .....	622
<b>T</b>		
Theophanous c. Herald & Weekly Times Ltd. ....	(1994), 124 A.L.R. 1 .....	230
Thériault c. La Reine .....	[1981] 1 R.C.S. 336 .....	524
Thomas c. Fenton .....	2006 BCCA 299, 269 D.L.R. (4th) 376 .....	322
Thoreson c. Alberta (Minister of Infrastructure) .....	2007 ABCA 272, 79 Alta. L.R. (4th) 75 ....	184
Ting c. AT&T .....	319 F.3d 1126 (2003) .....	622
Toronto (City) c. Canadian Union of Public Employees, Local 79 .....	(2001), 55 O.R. (3d) 541 .....	680
Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79 .....	2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77 .....	108, 173, 680
Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada .....	2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721 .....	38, 72
Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario .....	2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188 .....	72
Town of Mahone Bay c. Lohnes .....	(1983), 59 N.S.R. (2d) 65 .....	185
Town of Mahone Bay c. Lohnes .....	(1983), 59 N.S.R. (2d) 68 .....	184
Trahan c. Imprimerie Gagné Ltée .....	[1987] R.J.Q. 2417 .....	248
<b>U</b>		
U.E.S., local 298 c. Bibeault .....	[1988] 2 R.C.S. 1048 .....	195
Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia .....	2003 CSC 40, [2003] 2 R.C.S. 63 .....	558
United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général) .....	[1992] 1 R.C.S. 901 .....	94
<b>V</b>		
Vancouver c. Brandram-Henderson of B.C. Ltd. ....	(1959), 18 D.L.R. (2d) 700 .....	586
Vancouver Sun (Re) .....	2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332 .....	72

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Vickery c. Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Protonotaire) .....	[1991] 1 R.C.S. 671 .....	71
Vilaire c. Association professionnelle des sténographes officiels du Québec .....	[1999] R.J.Q. 1609 .....	58
Ville de Granby c. Désourdy Construction Ltée .....	[1973] C.A. 971 .....	588
Vinette Construction Ltée c. Dobrinsky .....	[1962] B.R. 62 .....	587

### W

Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton .....	2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534 .....	605
WIC Radio Ltd. c. Simpson .....	2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420 ....	229, 260
Wilson c. Fotsch .....	2010 BCCA 226, 319 D.L.R. (4th) 26 .....	299

### Y

Yousif c. Salama .....	[1980] 3 All E.R. 405 .....	677
------------------------	-----------------------------	-----

### Z

Zhang c. Chau .....	2008 QCCA 961, [2008] R.R.A. 523 .....	245
Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic .....	[1983] 1 R.C.S. 529 .....	587



## STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
<b>B</b>			
<i>Business Practices and Consumer Protection Act</i> , S.B.C. 2004, c. 2		<i>Commercial Arbitration Act</i> , R.S.B.C. 1996, c. 55	
s. 3 .....	531	s. 15 .....	532
s. 171 .....	531	s. 22 .....	532
s. 172 .....	531	s. 23 .....	609
		s. 29 .....	612
<b>C</b>			
<i>Canada Assistance Plan</i> , R.S.C. 1985, c. C-1		<i>Constitution Act, 1867</i>	
preamble .....	368	s. 96 .....	110
s. 2 “home for special care”, “welfare services”, “welfare services provided in the province” .....	368	s. 101 .....	110
s. 4(b) .....	368	<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46	
s. 5(2)(c) .....	368	s. 139(3)(a) .....	693
<i>Canada Assistance Plan Regulations</i> , C.R.C. 1978, c. 382		s. 686(1)(b)(iii) .....	433
s. 8 .....	368	s. 696(1)(a) .....	693
<i>Canada Evidence Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-5		<b>F</b>	
ss. 38 to s. 38.16 .....	110	<i>Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Established Programs Financing Act, 1977</i> , S.C. 1976-1977, c. 10	
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		s. 27(8) .....	368
s. 1 .....	19, 396	<i>Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Established Programs Financing Regulations, 1977</i> , SOR/78-587	
s. 2(b) .....	19	s. 24(1) .....	368
s. 7 .....	110	s. 24(2)(b) .....	368
s. 15(1) .....	396	<b>N</b>	
s. 24(1) .....	110	<i>National Defence Act</i> , R.S.C. 1985, c. N-5	
<i>Canadian Forces Superannuation Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-17		s. 245(2)(a) .....	625
s. 60(1) .....	396	<i>National Energy Board Act</i> , R.S.C. 1985, c. N-7	
<i>Civil Code of Québec</i> , S.Q. 1991, c. 64		s. 75 .....	160
art. 1457 .....	214	s. 99(1) .....	160

<b>P</b>	<b>PAGE</b>	<b>R</b>	<b>PAGE</b>
<i>Patent Act</i> , R.S.C. 1985, c. P-4		<i>Rules of practice of the Superior Court of Québec in civil matters</i> , R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8	
s. 80(1)(b) .....	3	rule 38.1 .....	28
s. 81(1)(a) .....	3	rule 38.2 .....	28
s. 83(1) .....	3		
s. 85 .....	3	<i>Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division, 2002</i> , SI/2002-46	
<i>Public Service Superannuation Act</i> , R.S.C. 1985, c. P-36		s. 8 .....	65
s. 47(1) .....	396	s. 8.A .....	19, 65
		s. 8.B .....	19

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
<b>B</b>			
<i>Business Practices and Consumer Protection Act</i> , S.B.C. 2004, ch. 2		<i>Loi sur l'Office national de l'énergie</i> , L.R.C. 1985, ch. N-7	
art. 3 .....	531	art. 75 .....	160
art. 171 .....	531	art. 9 9(1) .....	160
art. 172 .....	531	<i>Loi sur la défense nationale</i> , L.R.C. 1985, ch. N-5	
		art. 245(2)a) .....	625
<b>C</b>			
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Loi sur la pension de la fonction publique</i> , L.R.C. 1985, ch. P-36	
art. 1 .....	19, 396	art. 47(1) .....	396
art. 2 b) .....	19	<i>Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes</i> , L.R.C. 1985, ch. C-17	
art. 7 .....	110	art. 6 0(1) .....	396
art. 1 5(1) .....	396	<i>Loi sur la preuve au Canada</i> , L.R.C. 1985, ch. C-5	
art. 2 4(1) .....	110	art. 38 à 38.16 .....	110
<i>Code civil du Québec</i> , L.Q. 1991, ch. 64		<i>Loi sur les brevets</i> , L.R.C. 1985, ch. P-4	
art. 1457 .....	214	art. 8 0(1)b) .....	3
<i>Code criminel</i> , L.R.C. 1985, ch. C-46		art. 81(1)a) .....	3
art. 139(3)a) .....	693	art. 8 3(1) .....	3
art. 686(1)b)(iii) .....	433	art. 8 5 .....	3
art. 693(1)a) .....	693		
<i>Commercial Arbitration Act</i> , R.S.B.C. 1996, ch. 55		<b>R</b>	
art. 1 5 .....	532	<i>Régime d'assistance publique du Canada</i> , L.R.C. 1985, ch. C-1	
art. 2 2 .....	532	préambule .....	368
art. 2 3 .....	609	art. 2 « foyer de soins spéciaux », « services de protection sociale », « services de protection sociale fournis dans la province » .....	368
art. 2 9 .....	612	art. 4 b) .....	368
		art. 5 (2)c) .....	368
<b>L</b>			
<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>		<i>Règlement de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis</i> , DORS/78-587	
art. 9 6 .....	110	art. 2 4(1) .....	368
art. 101 .....	110	art. 24(2)b) .....	368
<i>Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis</i> , L.C. 1976-77, ch. 10			
art. 2 7(8) .....	368		

	PAGE		PAGE
<i>Règlement de procédure civile (Cour supérieure)</i> , R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 8		<i>Règlement du Régime d'assistance publique du Canada</i> , C.R.C. 1978, ch. 382	
règle 38.1 .....	19	art. 8 .....	368
règle 38.2 .....	19		
<i>Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle (2002)</i> , TR/2002-46			
art. 8 .....	65		
art. 8A .....	19, 65		
art. 8B .....	19		



## AUTHORS CITED

---

## DOCTRINE CITÉE

	PAGE
American Law Institute. <i>Restatement of the Law, Second: Torts 2d</i> , vol. 3. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1977. ....	214
Bachand, Frédéric. “Should No-Class Action Arbitration Clauses Be Enforced?”, in Arthur W. Rovine, ed., <i>Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2008</i> . Leiden, The Netherlands: Martinus Nijhoff, 2009, 153. ....	556
Béliveau, Pierre, et Martin Vauclair. <i>Traité général de preuve et de procédure pénales</i> , 15 <sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 2008. ....	72
Birks, Peter. <i>An Introduction to the Law of Restitution</i> . Oxford: Clarendon Press, 1985. ....	302
Birks, Peter. <i>Unjust Enrichment</i> , 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. ....	328
Bissonnette, Christine. <i>La diffamation civile en droit québécois</i> . Mémoire de thèse. Université de Montréal. Montréal : 1983. ....	228
Boyd, Kenneth J. <i>Expropriation in Canada: A Practitioner’s Guide</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988. ....	180
British Columbia. Law Reform Commission. <i>Report on Arbitration</i> . Vancouver: The Commission, 1982. ..	591
British Columbia. Supreme Court. “Practice Direction: Television Coverage of Court Proceedings”. PD – 23, July 1, 2010 (online: <a href="http://www.courts.gov.bc.ca/Supreme_Court/practice_and_procedure/civil_practice_directions.aspx">http://www.courts.gov.bc.ca/Supreme_Court/practice_and_procedure/civil_practice_directions.aspx</a> ). ....	61
British Columbia International Commercial Arbitration Centre. <i>Domestic Commercial Arbitration Rules of Procedure</i> . Vancouver: The Centre, 1998. ....	534, 536
Bromfield, Heather. “The Denial of Relief: The Enforcement of Class Action Waivers in Arbitration Agreements” (2009), 43 <i>U.C. Davis L. Rev.</i> 315. ....	620
Brown, Raymond E. <i>The Law of Defamation in Canada</i> , 2nd ed., vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2010, release 2). ....	237
Buron, Denis. « Liberté d’expression et diffamation de collectivités : quand le droit à l’égalité s’exprime » (1988), 29 <i>C. de D.</i> 491. ....	241
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. I, 2 <sup>e</sup> sess., 33 <sup>e</sup> lég., 20 novembre 1986, p. 1369, 1373-1374. ....	15
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. VII, 1 <sup>re</sup> sess., 32 <sup>e</sup> lég., 6 mars 1981, p. 8006. ....	179
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. XII, 3 <sup>e</sup> sess., 34 <sup>e</sup> lég., 10 décembre 1992, p. 14998, 15001. ....	15

Canada. Commission d'enquête relative aux mesures d'investigation prises à la suite de l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India. <i>Le vol 182 d'Air India : Une tragédie canadienne</i> , vol. 3, <i>Relation entre le renseignement et la preuve et particularités des poursuites antiterroristes</i> . Ottawa : La Commission, 2010. ....	125
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 9. <i>L'expropriation</i> . Ottawa : Information Canada, 1975. ....	179
Canada. Commission of Inquiry into the Investigation of the Bombing of Air India Flight 182. <i>Air India Flight 182: A Canadian Tragedy</i> , vol. 3, <i>The Relationship Between Intelligence and Evidence and the Challenges of Terrorism Prosecutions</i> . Ottawa: The Commission, 2010. ....	125
Canada. Health Canada. <i>Guidance Document for Industry and Practitioners: Special Access Programme for Drugs</i> . Ottawa: Health Canada, 2008. ....	7
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. I, 2nd Sess., 33rd Parl., November 20, 1986, pp. 1369, 1373. ....	15
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. VII, 1st Sess., 32nd Parl., March 6, 1981, p. 8006. ....	179
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. XII, 3rd Sess., 34th Parl., December 10, 1992, pp. 14998, 15001. ....	15
Canada. Justice. <i>La loi antiterroriste : Modifications à la Loi sur la preuve au Canada (LPC)</i> , (en ligne : <a href="http://www.justice.gc.ca/antiter/sheetfiche/lpcp2-ceap2-fra.asp">http://www.justice.gc.ca/antiter/sheetfiche/lpcp2-ceap2-fra.asp</a> ). ....	145
Canada. Justice. <i>The Anti-terrorism Act: Amendments to the Canada Evidence Act (CEA)</i> , (online: <a href="http://www.justice.gc.ca/antiter/sheetfiche/ceap2-lpcp2-eng.asp">http://www.justice.gc.ca/antiter/sheetfiche/ceap2-lpcp2-eng.asp</a> ). ....	145
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 9. <i>Expropriation</i> . Ottawa: Information Canada, 1975. ..	179
Canada. Santé Canada. <i>Ligne directrice à l'intention de l'industrie et des praticiens : Programme d'accès spécial — médicaments</i> . Ottawa : Santé Canada, 2008. ....	7
Canada. Sénat. <i>Délibérations du Comité sénatorial spécial sur la Teneur du projet de loi C-36</i> , fascicule n° 1, 1 <sup>re</sup> sess., 37 <sup>e</sup> lég., 22 octobre 2001, p. 63-64. ....	141
Canada. Senate. <i>Proceedings of the Special Senate Committee on the Subject Matter of Bill C-36</i> , Issue No. 1, 1st Sess., 37th Parl., October 22, 2001, pp. 63-64. ....	141
<i>Canadian Oxford Dictionary</i> , 2nd ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, "demeanour". ....	517
Casey, J. Brian, and Janet Mills. <i>Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure</i> . Huntington, N.Y.: Juris, 2005. ....	557, 584
Colombie-Britannique. Law Reform Commission. <i>Report on Arbitration</i> . Vancouver : The Commission, 1982. ....	591
Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. <i>Interprétation des lois</i> , 4 <sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 2009. ....	594
<i>Cross and Tapper on Evidence</i> , 12th ed. by Colin Tapper. New York: Oxford University Press, 2010. ....	683
Davies, J. D. "Duties of Confidence and Loyalty", [1990] <i>L.M.C.L.Q.</i> 4. ....	308
Dawson, Eleanor. « La Cour fédérale et le choc des titans : Concilier les droits de la personne et la sécurité nationale », présentation à la Faculté de droit à l'Université du Manitoba, 30 mars 2006. ....	143
Dawson, Eleanor. "The Federal Court and the Clash of the Titans: Balancing Human Rights and National Security", Address at the University of Manitoba Faculty of Law, March 30, 2006. ....	143
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983. ....	125

Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., <i>The Province of Administrative Law</i> . Oxford: Hart Publishing, 1997, 279. ....	193
Earle, Wendy J. <i>Drafting ADR and Arbitration Clauses for Commercial Contracts</i> . Toronto: Thomson, 2005 (loose-leaf updated 2008, release 2). ....	563
Fauteux, Gérald. <i>Le livre du magistrat</i> . Ottawa : Conseil canadien de la magistrature, 1980. ....	39
Fédération professionnelle des journalistes du Québec. <i>Guide de déontologie des journalistes du Québec</i> , 24 novembre 1996 (en ligne : <a href="http://www.fpqj.org/index.php?id=82">http://www.fpqj.org/index.php?id=82</a> ). ....	55
Fédération professionnelle des journalistes du Québec. <i>Professional Code of Ethics for Quebec Journalists</i> , November 24, 1996 (online: <a href="http://www.fpqj.org/index.php?id=97">http://www.fpqj.org/index.php?id=97</a> ). ....	55
Ferland, Denis, et Benoît Emery. <i>Précis de procédure civile du Québec</i> , vol. 1, 4 <sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003. ....	33
Fortier, L. Yves. "Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: 'Beware, My Lord, of Jealousy'" (2001), 80 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 143. ....	590
Fridman, G. H. L. <i>Restitution</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992. ....	292
Gilbert, Daphne. "Time to Regroup: Rethinking Section 15 of the Charter" (2003), 48 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 627. ....	420
Gilbert, Daphne, and Diana Majury. "Critical Comparisons: The Supreme Court of Canada Dooms Section 15" (2006), 24 <i>Windsor Y.B. Access Just.</i> 111. ....	420
Glover, J. Maria. "Beyond Unconscionability: Class Action Waivers and Mandatory Arbitration Agreements" (2006), 59 <i>Vand. L. Rev.</i> 1735. ....	620
Goff of Chieveley and Gareth Jones. <i>The Law of Restitution</i> , 7th ed. London: Sweet & Maxwell, 2007. ....	292
Gordon, Marie L. "Blame Over: Retroactive Child and Spousal Support in the Post-Guideline Era" (2004-2005), 23 <i>C.F.L.Q.</i> 243. ....	361
Greenspan, Edward L. "Comment: Another Argument Against Television in the Courtroom", in Philip Anisman and Allen M. Linden, eds., <i>The Media, the Courts and the Charter</i> . Toronto: Carswell, 1986, 497. ....	53
Grellet-Dumazeau, Théodore. <i>Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage</i> . Paris : E. Leboyer, 1847. ....	228
Harte, William J. "Why Make Justice a Circus? The O.J. Simpson, Dahmer and Kennedy Smith Debacles Make the Case Against Cameras in the Courtroom" (1996), 39 <i>Trial Lawyer's Guide</i> 379. ....	51
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2010, release 1). ....	419
Holdsworth, Sir William Searle. <i>A History of English Law</i> , vol. IV, 3rd ed. London: Methuen & Co., 1945. ....	94
Iyer, Nitya. "Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity" (1993), 19 <i>Queen's L.J.</i> 179. ....	420
Jacob, I. H. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 <i>Curr. Legal Probs.</i> 23. ....	93
Jacobs, Laverne. "Developments in Administrative Law: The 2007-2008 Term — The Impact of <i>Dunsmuir</i> " (2008), 43 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 1. ....	200
Jourdain, Patrice. « Notion de faute : contenu commun à toutes les fautes », <i>Juris-Classeur Responsabilité civile et Assurances</i> , fasc. 120-1, n° 106. Paris : Éditions du Juris-Classeur/LexisNexis, 2002. ....	236
<i>Lawyers' Arbitration Letters 1980-1989</i> . Ardsley-on-Hudson, N.Y.: Transnational Juris, 1990. ....	593

	PAGE
Lepofsky, M. David. "Cameras in the Courtroom — Not Without My Consent" (1996), 6 <i>N.J.C.L.</i> 161. ....	50
Linstead, Stephen G. "The Law of Crown Privilege in Canada and Elsewhere — Part 1" (1968-1969), 3 <i>Ottawa L. Rev./R.D. Ottawa</i> 79. ....	138
Little, Andrew D. "Canadian Arbitration Law After <i>Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs</i> " (2007), 45 <i>Can. Bus. L.J/Rev. can. dr. comm.</i> 356. ....	620
Macaulay, Robert W., and James L. H. Sprague. <i>Practice and Procedure Before Administrative Tribunals</i> , vol. 3. Toronto: Carswell, 2004 (loose-leaf updated 2010, release 8). ....	106, 190
Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. <i>The Law of Restitution</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990. ....	295
Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. <i>The Law of Restitution</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated August 2010, release 6). ....	309
Mallet-Poujol, Nathalie. « Diffamations et injures », dans Bernard Beignier, Bertrand de Lamy et Emmanuel Dreyer, dir., <i>Traité de droit de la presse et des médias</i> . Paris : Litec, 2009, 441. ....	236
Mason, Keith. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1983), 57 <i>Austl. L.J.</i> 449. ....	95
<i>Matrimonial Property Law in Canada</i> , vol. 1, by James G. McLeod and Alfred A. Mamo, eds. Toronto: Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2010, release 8). ....	299
McCamus, John D. "Restitution on Dissolution of Marital and Other Intimate Relationships: Constructive Trust or Quantum Meruit?", in Jason W. Neyers, Mitchell McInnes and Stephen G. A. Pitel, eds., <i>Understanding Unjust Enrichment</i> . Portland: Hart Publishing, 2004, 359. ....	299
<i>McCormick on Evidence</i> , vol. 2, 5th ed. by John W. Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Group, 1999. ....	679
McEwan, J. Kenneth, and Ludmila B. Herbst. <i>Commercial Arbitration in Canada: A Guide to Domestic and International Arbitrations</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated December 2009, release 4). ....	591
McLachlin, Beverley. "The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law" (1998), 12 <i>C.J.A.L.P.</i> 171. ....	194
Mee, John. <i>The Property Rights of Cohabitees: An Analysis of Equity's Response in Five Common Law Jurisdictions</i> . Portland: Hart Publishing, 1999. ....	285
Mingie, Christine J. <i>British Columbia Commercial Arbitration — An Annotated Guide</i> . Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2004. ....	592
Moreau, Sophia Reibetanz. "Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups" (2006), 5 <i>J.L. &amp; Equality</i> 81. ....	423
Morgan, George Osborne, and Horace Davey. <i>A Treatise on Costs in Chancery</i> . London: Stevens, Sons, and Haynes, 1865. ....	94
Mustill, Michael J., and Stewart C. Boyd. <i>The Law and Practice of Commercial Arbitration in England</i> , 2nd ed. London: Butterworths, 1989. ....	598
<i>Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française</i> . Paris : Le Robert, 2010, « attitude ». ....	517
Nova Scotia. Executive Office of the Nova Scotia Judiciary. <i>Guidelines for Press, Media, and Public Access to the Courts of Nova Scotia</i> , December 20, 2008 (online: <a href="http://www.courts.ns.ca/media_access/media.htm">http://www.courts.ns.ca/media_access/media.htm</a> ). ....	61
Ontario. <i>Rapport de la Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin</i> (Rapport Kaufman). Toronto : Ministère du Procureur général, 1998. ....	483

Ontario. <i>Report of the Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin</i> (Kaufman Report). Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998. ....	483
<i>Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials</i> , 7th ed. by A. H. Oosterhoff et al. Toronto: Carswell, 2009. ....	285
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. <i>The Law of Evidence</i> , 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2008. ....	453, 511
Palmer, Andrew. "Guilt and the Consciousness of Guilt: The Use of Lies, Flight and other 'Guilty Behaviour' in the Investigation and Prosecution of Crime" (1997), 21 <i>Melbourne U. L. Rev.</i> 95. ....	519
Parent, Georges-André. « Les médias : source de victimisation » (1990), 23:2 <i>Criminologie</i> 47. ....	59
Parkinson, Patrick. "Beyond <i>Pettkus v. Becker</i> : Quantifying Relief for Unjust Enrichment" (1993), 43 <i>U.T.L.J.</i> 217. ....	317
Pettit, Philip H. <i>Equity and the Law of Trusts</i> , 11th ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. ....	286
Pothier, Dianne. "Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences" (2001), 13 <i>C.J.W.L./R.F.D.</i> 37. ....	420
Québec. Ministère de la Justice. <i>Guide des relations avec les médias et de la gestion des événements d'envergure et à risque</i> . Québec : Justice Québec, 2005 (en ligne : <a href="http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/administ/guide.htm">http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/administ/guide.htm</a> ). ....	30
Québec. Ministère de la Justice. <i>Rapport du Groupe de travail sur les relations avec les médias dans les palais de justice</i> . Québec : Justice Québec, 2004. ....	36
Rondinelli, Vincenzo. "The Probative Force: Getting Inside the Guilty Mind and Keeping Out Equivocal Conduct" (2005), 26:3 <i>Criminal Lawyers' Association Newsletter</i> 38. ....	509
Saumier, Geneviève. "Consumer Arbitration in the Evolving Canadian Landscape" (2009), 113 <i>Penn. St. L. Rev.</i> 1203. ....	620
Scane, Ralph E. "Relationships 'Tantamount to Spousal', Unjust Enrichment, and Constructive Trusts" (1991), 70 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 260. ....	299
<i>Sopinka, Lederman &amp; Bryant: The Law of Evidence in Canada</i> , 3rd ed. by Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009. ....	511, 682
Sternlight, Jean R., and Elizabeth J. Jensen. "Using Arbitration to Eliminate Consumer Class Actions: Efficient Business Practice or Unconscionable Abuse?" (2004), 67 <i>Law &amp; Contemp. Probs.</i> 75. ....	620
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008. ...	106, 178, 473
Thuilleaux, Sabine. <i>L'arbitrage commercial au Québec : Droit interne — Droit international privé</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1991. ....	556
Todd, Eric C. E. <i>The Law of Expropriation and Compensation in Canada</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992. ....	186
Waters, Donovan. Comment (1975), 53 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 366. ....	291
<i>Waters' Law of Trusts in Canada</i> , 3rd ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto: Thomson, 2005. ....	285
Watt, David. <i>Watt's Manual of Criminal Jury Instructions</i> . Toronto: Thomson/Carswell, 2005. ....	210
Wright, Andrea. "Formulaic Comparisons: Stopping the <i>Charter</i> at the Statutory Human Rights Gate", in Fay Faraday, Margaret Denike and M. Kate Stephenson, eds., <i>Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter</i> . Toronto: Irwin Law, 2006, 409. ....	423
Youdan, Timothy G. "Resulting and Constructive Trusts", in <i>Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law: Roles, Fairness and Equality</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1994, 169. ....	285

Young, Margot. "Blissed Out: Section 15 at Twenty", in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2006, 45. .... 421

**Michelle Seidel** *Appellant*

v.

**TELUS Communications Inc.** *Respondent*

and

**Barreau du Québec, Canadian Arbitration Congress and ADR Chambers Inc.** *Interveners*

**INDEXED AS: SEIDEL v. TELUS COMMUNICATIONS INC.**

**2011 SCC 15**

File No.: 33154.

2010: May 12; 2011: March 18.

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

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

*Consumer protection — Contracts — Arbitration — Class actions — Stay of proceedings — Cell phone service contract containing private and confidential mediation and arbitration and class action waiver clause — Customer filing claim in B.C. Supreme Court for declaratory and injunctive relief alleging cell phone service provider engaged in deceptive and unconscionable practices — Customer seeking relief as individual and as representative of class — Cell phone company obtaining stay of proceedings under Commercial Arbitration Act — British Columbia Business Practices and Consumer Protection Act (BPCPA) stating agreements waiving or releasing rights, benefits or protections under the Act are void — Whether BPCPA renders arbitration clause void such that the stay of the court proceedings should be lifted — Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, c. 2, ss. 3, 171, 172 — Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 15.*

*Arbitration — Competence-competence principle — Effect of arbitration clause on jurisdiction of court — Customer signing contract with mobile phone service*

**Michelle Seidel** *Appelante*

c.

**TELUS Communications Inc.** *Intimée*

et

**Barreau du Québec, Congrès d'arbitrage canadien et ADR Chambers Inc.** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : SEIDEL c. TELUS COMMUNICATIONS INC.**

**2011 CSC 15**

N° du greffe : 33154.

2010 : 12 mai; 2011 : 18 mars.

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

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

*Protection du consommateur — Contrats — Arbitrage — Recours collectifs — Suspension d'instance — Clause du contrat du fournisseur de services de téléphonie cellulaire prévoyant la médiation et l'arbitrage privés et confidentiels et une renonciation au recours collectif — Cliente demandant à la Cour suprême de la C.-B. une injonction et un jugement déclarant que le fournisseur de services de téléphonie cellulaire s'est livré à des pratiques trompeuses et abusives — Cliente demandant une réparation pour elle-même et en tant que représentante d'une catégorie de consommateurs — Suspension d'instance accordée à la société de téléphonie cellulaire aux termes de la Commercial Arbitration Act — Business Practices and Consumer Protection Act (BPCPA) de la C.-B. déclarant nulles les ententes de renonciation aux droits, avantages et protections conférés par cette loi — La BPCPA annule-t-elle la clause d'arbitrage de sorte qu'il y a lieu de lever la suspension d'instance? — Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, ch. 2, art. 3, 171, 172 — Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 15.*

*Arbitrage — Principe de compétence-compétence — Effet de la clause d'arbitrage sur la compétence de la cour — Contrat de services de téléphonie cellulaire*

*provider containing mandatory mediation and arbitration clause — Customer filing claim in B.C. Supreme Court for declaratory and injunctive relief under the Business Practices and Consumer Protection Act — Whether question of jurisdiction should be determined by court or arbitrator — Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, c. 2, ss. 3, 171, 172 — Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 22.*

TELUS and S entered into a written cellular phone services contract in 2000. The standard form contract included a clause referring disputes to private and confidential mediation and arbitration. It further purported to waive any right to commence or participate in a class action. By statement of claim filed in the Supreme Court of British Columbia, S asserted a variety of claims, including (but not limited to) statutory causes of action under the *Business Practices and Consumer Protection Act (BPCPA)*, alleging that TELUS falsely represented to her and other consumers how it calculates air time for billing purposes. She sought remedial relief under ss. 171 and 172 of the *BPCPA* in respect of what she contends are deceptive and unconscionable practices, as well as certification to act on her own behalf and as representative of a class of allegedly overcharged customers.

In the course of S's application to have her claim certified as a class action, TELUS applied for a stay of all proceedings on the basis of the arbitration clause, pursuant to s. 15 of the *Commercial Arbitration Act*. The trial judge denied TELUS's application finding it was premature to determine whether the action should be stayed until the certification application had been decided. Applying the competence-competence principle, the Court of Appeal held that S was bound by the arbitration clause contained in the contract of adhesion in respect of all claims. In the result, the Court of Appeal allowed the appeal and entered a stay of S's action in its entirety, holding that it is for the arbitrator to determine which claims are subject to arbitration and which should go before a court.

*Held* (LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ. dissenting): The appeal should be allowed in part, and the stay lifted in relation to the s. 172 claims.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Rothstein and Cromwell JJ.: The purpose of the *BPCPA* is consumer

*comportant une clause de médiation et d'arbitrage obligatoires conclu entre la cliente et le fournisseur de services — Recours de la cliente devant la Cour suprême de la C.-B. en vue d'obtenir un jugement déclaratoire et une injonction en vertu de la Business Practices and Consumer Protection Act — Qui, de la cour ou de l'arbitre, doit trancher la question de compétence? — Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, ch. 2, art. 3, 171, 172 — Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 22.*

TELUS et S ont conclu par écrit un contrat de services de téléphonie cellulaire en 2000. Une clause du contrat type prévoyait que les litiges devaient être soumis à la médiation et à l'arbitrage privés et confidentiels. Le contrat prévoyait de plus une renonciation à tout droit d'intenter un recours collectif ou d'y participer. Dans une déclaration déposée en Cour suprême de la Colombie-Britannique, S a invoqué diverses causes d'action, notamment un recours prévu par la *Business Practices and Consumer Protection Act (BPCPA)*, prétendant que TELUS lui avait faussement indiqué, ainsi qu'à d'autres consommateurs, la façon dont l'entreprise calcule le temps d'antenne à des fins de facturation. Elle a demandé, en vertu des art. 171 et 172 de la *BPCPA*, une réparation pour ce qu'elle prétend être des pratiques trompeuses et abusives, ainsi que l'autorisation d'agir en son nom et en qualité de représentante d'une catégorie de consommateurs auxquels on aurait facturé des sommes excessives.

Dans le cadre de l'instance portant sur la demande d'autorisation d'exercer un recours collectif présentée par S, TELUS a cherché à obtenir la suspension de toutes les demandes, invoquant la clause d'arbitrage en application de l'art. 15 de la *Commercial Arbitration Act*. Le juge de première instance a rejeté la demande de TELUS, estimant qu'il était prématuré de déterminer si l'action devrait être suspendue en attendant que la cour se prononce sur la demande d'autorisation. Appliquant le principe de compétence-compétence, la Cour d'appel a jugé que S était liée par la clause d'arbitrage figurant dans le contrat d'adhésion à l'égard de toutes les demandes. En définitive, la Cour d'appel a accueilli l'appel et ordonné la suspension de l'action de S dans sa totalité, concluant qu'il revient à l'arbitre de déterminer les demandes qui sont assujetties à l'arbitrage et celles qui devraient être soumises à une cour.

*Arrêt* (les juges LeBel, Deschamps, Abella et Charron sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli en partie et la suspension d'instance est levée relativement aux demandes fondées sur l'art. 172.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish, Rothstein et Cromwell : La *BPCPA* vise à assurer la



protection. As such, its terms should be interpreted generously in favour of consumers. Section 172 of the *BPCPA* contains a statutory remedy whereby a person other than a supplier may bring an action in the Supreme Court of British Columbia to enforce the statute's consumer protection standards whether or not the person bringing the action has a special interest or is affected by the consumer transaction that gives rise to the action. Such a plaintiff is properly characterized as a public interest plaintiff. This conclusion is reinforced by s. 3 of the *BPCPA* which provides that any agreement between parties that would waive or release "rights, benefits or protections" conferred by the *BPCPA* is void. To the extent S's claim in the Supreme Court invokes s. 172 remedies in respect of rights, benefits or protections conferred by the *BPCPA*, her court action must be allowed to proceed notwithstanding the mediation/arbitration clause.

The choice to restrict or not restrict arbitration clauses in consumer contracts is a matter for the legislature. Absent legislative intervention, the courts will generally give effect to the terms of a commercial contract freely entered into, even a contract of adhesion, including an arbitration clause. Section 172 is clearly designed to encourage private enforcement in the public interest. It was open to the legislature to prefer the vindication and denunciation available through a well-publicized court action to promote adherence to consumer standards. The legislature understood that the policy objectives of s. 172 would not be well served by a series of isolated low-profile, private and confidential arbitrations.

A proper interpretation of s. 172 of the *BPCPA* must be approached textually, contextually and purposively. Whether characterized as procedural or substantive, a s. 172 right is indubitably a "right" conferred by the statute and cannot be waived by contract. S therefore possesses a statutory "right" to take her action invoking s. 172 remedies to the Supreme Court.

As to her alternative complaints, however, whether under other sections of the *BPCPA*, the now repealed *Trade Practice Act*, or at common law, the TELUS arbitration clause is valid and enforceable. Accordingly, S's court action in these respects should be stayed pursuant to s. 15 of the *Commercial Arbitration Act*.

protection des consommateurs. Elle commande donc une interprétation libérale favorable aux consommateurs. L'article 172 de la *BPCPA* prévoit un recours suivant lequel une personne autre qu'un fournisseur peut intenter une action devant la Cour suprême en vue de faire respecter les normes relatives à la protection des consommateurs, peu importe que cette personne ait ou non un intérêt particulier à faire valoir ou qu'elle soit ou non touchée par l'opération commerciale à l'origine du litige. Le demandeur dans ce cas est considéré à juste titre comme un défenseur de l'intérêt public. Cette conclusion est renforcée par l'art. 3 de la *BPCPA*, suivant lequel toute entente qui comporte une renonciation aux « droits, avantages ou protections » prévus par la *BPCPA* est nulle. Dans la mesure où S cherche, devant la Cour suprême, à obtenir des mesures de réparation prévues à l'art. 172 en ce qui concerne des droits, avantages ou protections conférés par la *BPCPA*, son action doit suivre son cours malgré la clause de médiation et d'arbitrage.

La décision de restreindre ou non les clauses d'arbitrage dans les contrats de consommation revient à la législature. En l'absence d'intervention de la législature, les tribunaux donnent généralement effet aux clauses d'un contrat commercial librement conclu, même un contrat d'adhésion, qui comporte une clause d'arbitrage. L'article 172 vise de toute évidence à encourager les recours d'initiative privée dans l'intérêt public. En vue de promouvoir le respect des normes de protection des consommateurs, le législateur pouvait à loisir marquer sa préférence pour la réparation et la dénonciation dans le cadre d'une action en justice très médiatisée. La législature a reconnu qu'une multiplicité de séances d'arbitrage discrètes, privées et confidentielles est susceptible de nuire aux objectifs de politique générale de l'art. 172.

Il faut interpréter l'art. 172 de la *BPCPA* de manière textuelle, contextuelle et téléologique. Peu importe sa nature, procédurale ou substantielle, un droit prévu à l'art. 172 constitue indubitablement un « droit » conféré par la loi et on ne peut y renoncer par contrat. S possède donc, suivant la Loi, le « droit » d'intenter devant la Cour suprême son action en vue d'obtenir les mesures de réparation prévues à l'art. 172.

Pour ce qui est des plaintes subsidiaires de S, lesquelles reposent sur d'autres dispositions de la *BPCPA*, sur la *Trade Practice Act*, maintenant abrogée, ou sur la common law, la clause d'arbitrage de TELUS est valide et exécutoire. L'action intentée par S à l'égard de ces demandes devrait donc être suspendue en application de l'art. 15 de la *Commercial Arbitration Act*.

The class action waiver is not severable from the arbitration clause as a whole. Accordingly, it is also rendered void by s. 3 of the *BPCPA*. If there is any ambiguity in the TELUS clause, it must be resolved in favour of S's right of access to the court by the principles of *contra proferentum*. Accordingly, S is not barred from continuing to seek certification of her s. 172 claims as a class action.

As for the procedural issues raised in this appeal, British Columbia has adopted the competence-competence principle through the combined operation of s. 22 of the *Commercial Arbitration Act* and Rule 20(2) of the Rules of the British Columbia International Commercial Arbitration Centre ("BCICAC Rules"). Absent legislated exception, any challenge to an arbitrator's jurisdiction over S's dispute with TELUS should first be determined by the arbitrator, unless the challenge were to involve a pure question of law, or one of mixed fact and law that requires for its disposition "only superficial consideration of the documentary evidence in the record". Whether or not s. 172 of the *BPCPA* has the legal effect claimed for it by S was a question of law to be determined on undisputed facts. This matter was properly entertained by the Supreme Court in the first instance, and the competence-competence principle was not violated.

*Per* LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ. (dissenting): Absent a clear statement by the legislature of an intention to the contrary, a consumer claim that could potentially proceed either by way of arbitration or class action must first be submitted to arbitration. The *BPCPA* does not manifest explicit legislative intent to foreclose the use of arbitration as a vehicle for the resolution of disputes under that Act in British Columbia. As such, a clause in a standard form consumer contract for the supply of mobile phone services, which mandates that all disputes with the service provider be resolved by way of arbitration displaces the availability of class proceedings in the province of British Columbia.

Canadian courts, both in Quebec and in the common law jurisdictions, have endorsed the use of arbitration as a dispute resolution mechanism and now encourage its use. Lower courts across Canada swiftly followed this Court's lead in accepting and endorsing arbitration as a legitimate dispute resolution mechanism, and this shift in attitude where there is no longer hostility towards arbitration clearly took root. It is now settled that if a legislature intends to exclude arbitration as a vehicle for resolving a particular category of legal

La clause de renonciation au recours collectif ne peut être dissociée de l'ensemble de la clause d'arbitrage. Par conséquent, elle est également nulle selon l'art. 3 de la *BPCPA*. Si la clause émanant de TELUS est ambiguë, il faut favoriser le maintien du droit de S de s'adresser aux tribunaux conformément à la règle *contra proferentem*. Ainsi, rien n'empêche S de poursuivre sa demande d'autorisation d'un recours collectif en ce qui concerne ses réclamations fondées sur l'art. 172.

Pour ce qui est des questions procédurales soulevées en l'espèce, la Colombie-Britannique a adopté le principe de compétence-compétence au moyen de l'application conjointe de l'art. 22 de la *Commercial Arbitration Act* et du par. 20(2) des règles du British Columbia International Commercial Arbitration Centre (« règles du BCICAC »). Sauf exception établie par le législateur, toute contestation de la compétence de l'arbitre sur le litige opposant S à TELUS devrait d'abord être tranchée par l'arbitre, à moins que la contestation ne fasse intervenir une pure question de droit ou une question mixte de fait et de droit n'impliquant « qu'un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier ». L'effet juridique attribué à l'art. 172 de la *BPCPA* par S est une question de droit qu'il fallait trancher en fonction des faits non contestés. C'est à juste titre que la Cour suprême de la Colombie-Britannique a été la première à connaître de cette question, et le principe de compétence-compétence n'a pas été violé.

*Les juges* LeBel, Deschamps, Abella et Charron (dissidents) : En l'absence d'une déclaration claire, dans laquelle la législature manifeste une intention contraire, tout litige de consommation susceptible de faire l'objet d'un arbitrage ou d'un recours collectif doit d'abord être soumis à l'arbitrage. Dans la *BPCPA*, le législateur n'exprime pas explicitement l'intention d'écarter en Colombie-Britannique le recours à l'arbitrage comme mécanisme de règlement des différends. Par conséquent, une clause d'un contrat type relatif à des services de téléphonie cellulaire, qui impose le recours à l'arbitrage de tout différend avec le fournisseur de service, empêche l'exercice d'un recours collectif dans la province de la Colombie-Britannique.

Les tribunaux canadiens, au Québec comme dans les provinces de common law, ont admis le recours à l'arbitrage en tant que mécanisme de règlement des différends, et ils encouragent même son utilisation. Les tribunaux d'instance inférieure du pays n'ont pas tardé à suivre l'exemple de notre Cour. Ils ont accepté et reconnu la légitimité de l'arbitrage comme mécanisme de règlement des différends, et ce changement d'attitude, désormais dénuée d'hostilité envers l'arbitrage, a manifestement pris racine. Il est maintenant

disputes, it must do so explicitly. In British Columbia, the current approach to arbitration was adopted with the enactment of the *Commercial Arbitration Act*. British Columbia's modern commercial arbitration legislation was influenced in part by the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* and the legislature clearly intended to incorporate the competence-competence principle into the province's domestic arbitration legislation. Challenges to the arbitrator's jurisdiction — namely arguments that an agreement is void, inoperative or incapable of being performed — should be resolved first by the arbitrator. A court should depart from this general rule only if the challenge is based on a question of law, or on questions of mixed fact and law that require only superficial consideration of the documentary evidence in the record, and is not merely a delaying tactic. This requirement of deference to the arbitrator's jurisdiction is related directly to the role of the court that must, in considering an application for a stay of proceedings, determine whether the agreement is "void, inoperative or incapable of being performed", which must be narrowly construed. Courts should therefore be mindful to avoid an interpretation that makes it possible to sidestep the competence-competence principle and turns the "inoperative" exception into a back door for a party wanting to "escape" the agreement. The British Columbia Court of Appeal recognized that the competence-competence principle is part of the province's law. It did not err in doing so. Therefore, absent a challenge to the arbitrator's jurisdiction based solely on a question of law or on one of mixed fact and law requiring only superficial consideration of the evidence in the record, the existence or validity of an arbitration agreement to which the *Commercial Arbitration Act* applies must be considered first by the arbitrator and the court should grant the stay.

S argues that the effect of the arbitration clause is to deny her the exercise of her rights under the *BPCPA*. The purpose of consumer protection legislation like the *BPCPA* is to protect consumers from losses suffered when they purchase goods and services that do not meet existing standards. Class actions have a significant social and legal role in Canadian law. However, since a class action is only a way to group together a number of individual claims, it concerns the procedure

établi que, si une législature souhaite exclure la possibilité de recourir à l'arbitrage pour régler une catégorie donnée de litiges d'ordre juridique, elle doit le faire de manière explicite. L'approche qui prévaut maintenant en Colombie-Britannique remonte à l'adoption de la *Commercial Arbitration Act*. La législation plus récente de la Colombie-Britannique sur l'arbitrage commercial s'inspire en partie de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, et la législature a clairement voulu incorporer le principe de compétence-compétence dans sa législation relative à l'arbitrage. Toute contestation de la compétence de l'arbitre — au motif que la convention d'arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée — devrait d'abord être tranchée par l'arbitre. Un tribunal judiciaire ne devrait déroger à cette règle générale que si la contestation de la compétence repose sur une question de droit ou une question mixte de fait et de droit dont l'examen n'exige qu'une étude superficielle de la preuve documentaire au dossier, et qu'elle ne constitue pas simplement une tactique dilatoire. Cette obligation de déférence envers la compétence de l'arbitre se rattache directement au rôle du tribunal judiciaire appelé à décider, dans l'examen d'une demande de suspension d'instance, si la convention est « nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée », cette expression devant recevoir une interprétation stricte. Les tribunaux judiciaires devraient donc se garder de recourir à une interprétation qui permet d'écartier le principe de compétence-compétence et de transformer l'exception fondée sur le caractère « inopérant » de la convention en un moyen détourné dont disposerait la partie qui souhaite échapper à son application. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a reconnu que la législation de la province incorpore le principe de compétence-compétence. Elle n'a pas commis d'erreur en se prononçant en ce sens. Ainsi, en l'absence de contestation de la compétence de l'arbitre fondée exclusivement sur une question de droit ou une question mixte de fait et de droit n'impliquant qu'un examen superficiel de la preuve au dossier, il revient à l'arbitre d'être le premier à analyser la validité ou l'existence d'une convention d'arbitrage régie par la *Commercial Arbitration Act*, et le tribunal judiciaire devrait donc suspendre l'instance.

S fait valoir que la clause d'arbitrage a pour effet de l'empêcher d'exercer les droits que lui confère la *BPCPA*. Les lois sur la protection du consommateur, comme la *BPCPA*, visent à protéger les consommateurs contre les dommages résultant de l'achat de biens ou de services qui ne respectent pas les normes prescrites. Le recours collectif joue un rôle social et juridique considérable en droit canadien. Toutefois, étant donné qu'un recours collectif n'est qu'un moyen de regrouper

for bringing an action. As this Court has put it, the certification of a class action confers a procedural right. It does not change either the substantive law or the substantive rights of the parties. Where a court would, because of an arbitration agreement, not have jurisdiction over a dispute, that jurisdiction cannot be conferred on it by commencing a class proceeding.

In British Columbia, no explicit legislative direction has been enacted which would remove consumer disputes from the reach of arbitration legislation. S nevertheless argues that an arbitrator lacks the jurisdiction to grant either of the specific remedies contemplated in s. 172 of the *BPCPA*. She submits that these remedies can be granted only by the Supreme Court and, therefore, that s. 172(1) itself creates a substantive right to have a dispute resolved in the public court system. As a result, the agreement to submit this dispute to arbitration constitutes a waiver — in violation of s. 3 of the *BPCPA* — of the substantive right to those particular remedies. In light of ss. 171 and 172 and of the powers conferred on arbitrators in British Columbia, it is evident that the legislature has not barred the submission of such claims to arbitration. The remedy sought by a claimant under s. 172 is a declaration or an injunction. Either an arbitrator or a court can adjudicate a monetary claim under s. 171. What is important here is that the adjudicator has jurisdiction to make a declaration or order an injunction, which are the same remedies as are contemplated in s. 172. Arbitrators exercising their jurisdiction under arbitration legislation are generally understood to have jurisdiction to make any award a court could make. But the British Columbia legislation goes further, as it explicitly grants arbitrators broad remedial powers. An arbitrator deriving his or her authority from the *Commercial Arbitration Act*, and by extension from the BCICAC Rules, also has broad remedial powers including injunctions and other equitable remedies and the arbitrator can therefore, unless the parties have agreed otherwise, grant the declaratory and injunctive relief sought by S under ss. 172(1)(a) and (b) of the *BPCPA*.

Access to justice is protected both by the broad powers given to arbitrators and by the representative action provided for in the *BPCPA*. Although third party consumers would not be bound by the arbitrator's order, TELUS would be bound by it. There is no requirement that the arbitral award itself, which would

des réclamations individuelles, il concerne la procédure utilisée pour introduire une action. Comme l'a affirmé notre Cour, l'autorisation d'un recours collectif confère un droit procédural. Cette autorisation ne modifie ni le droit substantiel applicable, ni les droits substantiels des parties elles-mêmes. L'introduction d'un recours collectif ne peut attribuer à un tribunal judiciaire compétence sur un litige dont il ne pouvait se saisir en raison d'une convention d'arbitrage.

En Colombie-Britannique, la législature n'a pas explicitement légiféré de manière à soustraire les litiges de consommation à la législation en matière d'arbitrage. S soutient néanmoins que l'arbitre n'a pas compétence pour accorder l'une ou l'autre des mesures de réparation prévues à l'art. 172 de la *BPCPA*. Selon S, seule la Cour suprême de la Colombie-Britannique peut le faire, de sorte que le par. 172(1) lui-même crée un droit substantiel de demander à l'appareil judiciaire public de trancher un litige. L'entente visant à soumettre le présent litige à l'arbitrage constituerait donc une renonciation — contraire à l'art. 3 de la *BPCPA* — au droit substantiel de solliciter les réparations susmentionnées. Compte tenu des art. 171 et 172 ainsi que des pouvoirs conférés aux arbitres en Colombie-Britannique, il est évident que la législature n'a pas exclu le renvoi à l'arbitrage de ces demandes. Le demandeur qui se fonde sur l'art. 172 cherche à obtenir un jugement déclaratoire ou une injonction. Tant l'arbitre que les tribunaux peuvent trancher une demande pécuniaire fondée sur l'art. 171, et l'important en l'espèce, c'est que le décideur possède le pouvoir de rendre un jugement déclaratoire ou une injonction, les réparations mêmes qu'envisage l'art. 172. De façon générale, on reconnaît que, dans l'exercice de leur compétence sous le régime des lois en matière d'arbitrage, les arbitres possèdent le pouvoir de rendre les ordonnances que pourraient rendre les tribunaux judiciaires. Mais la législation de la Colombie-Britannique va plus loin, en accordant explicitement aux arbitres de larges pouvoirs de réparation. L'arbitre qui tire sa compétence de la *Commercial Arbitration Act*, et de ce fait des règles du BCICAC, possède lui aussi de larges pouvoirs de réparation, y compris celui de prononcer des injonctions et d'ordonner d'autres mesures de réparation reconnues en equity, et l'arbitre peut donc, sauf en cas d'entente contraire des parties, prononcer le jugement déclaratoire et l'injonction sollicités par S sur le fondement des al. 172(1)a) et b) de la *BPCPA*.

L'accès à la justice est protégé tant par les vastes pouvoirs dévolus aux arbitres que par la possibilité, pour le représentant, d'exercer un recours sous le régime de la *BPCPA*. Les consommateurs tiers ne seraient pas liés par l'ordonnance de l'arbitre, mais TELUS le serait. Il n'existe aucune obligation de garder confidentielle

incorporate the remedy S seeks, be private and confidential. Therefore, an arbitrator could order a supplier, in this case TELUS, to advertise the particulars of any order or award granted against it to the public at large. This would fulfill a public purpose. Given their broad remedial powers, arbitrators are authorized to grant this very public remedy.

The reference in s. 172 to the Supreme Court as the forum in which claims may be brought does not confer exclusive jurisdiction on that court to adjudicate claims under that section. The purpose of that reference is to clarify that the Supreme Court, not the Provincial Court, may grant declaratory and injunctive relief. Further, the use of the word “may” makes it even clearer that the Supreme Court is not intended to be the only forum in which these remedies can be sought. By enacting s. 172, the legislature provided a means not only to have claims dealt with by the director or any person, both of whom seek orders on behalf of consumers, but also to have the arbitration rules apply. In doing so, it provided a way to use the private dispute resolution system to obtain the same declaratory or injunctive relief against a supplier as can be obtained by means of a class action. Access to justice can only be enhanced by this approach.

Any argument based on the view that access to justice requires claims based on s. 172 of the *BPCPA* to be made by way of a class proceeding is without merit. Access to justice is fully preserved by arbitration, and there is no need to resort to a class proceeding to so ensure. The arbitrator can grant the remedies contemplated in s. 172 of the *BPCPA* against TELUS. The arbitration agreement between S and TELUS does not therefore constitute an improper waiver of S’s rights, benefits or protections for the purposes of s. 3 of that Act. Section 172 of the *BPCPA* merely identifies the procedural forum in which an action with respect to the rights, benefits and protections provided for in s. 3 may be brought in the public court system. It does not explicitly exclude alternate fora, such as an arbitration tribunal, from acquiring jurisdiction.

Whether an arbitration clause in a consumer contract is unfair or unconscionable must always be determined on a case-by-case basis in light of the relevant facts. In Canada, the courts have left the question whether arbitration is appropriate for particular categories

la décision arbitrale elle-même, dans laquelle serait prévue la réparation sollicitée par S si cette dernière a gain de cause. Ainsi, un arbitre pourrait ordonner à un fournisseur, en l’espèce TELUS, d’informer le public en général du contenu de tout jugement ou ordonnance prononcé contre elle. Une telle ordonnance remplirait un objectif d’ordre public. Les vastes pouvoirs de réparation dévolus aux arbitres leur permettent d’accorder cette réparation publique.

La désignation, à l’art. 172, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique comme instance où des demandes peuvent être introduites ne confère pas à cette cour la compétence exclusive de trancher ces demandes en vertu de cet article. Cette mention de la Cour suprême vise à préciser que c’est la Cour suprême, et non la Cour provinciale, qui peut rendre des jugements déclaratoires et accorder des injonctions. En outre, l’usage du mot « peut » dans cet article révèle encore plus clairement l’intention de ne pas attribuer seulement à la Cour suprême le pouvoir d’attribuer les réparations en question. En édictant l’art. 172, la législature a permis non seulement au directeur et à toute autre personne qui sollicite des ordonnances au nom de l’ensemble des consommateurs de poursuivre les demandes, mais elle a aussi autorisé le traitement de ces demandes en vertu des règles d’arbitrage. La législature a ainsi fourni un moyen d’obtenir le même jugement déclaratoire ou la même injonction à l’encontre d’un fournisseur par le recours au régime privé de règlement des différends que par l’exercice d’un recours collectif. Cette façon de faire ne peut qu’être bénéfique pour l’accès à la justice.

Tout argument fondé sur la thèse voulant que le principe d’accès à la justice exige que les actions fondées sur l’art. 172 de la *BPCPA* prennent la forme d’un recours collectif s’avère sans fondement. L’accès à la justice est préservé par l’arbitrage sans qu’il soit nécessaire de procéder par voie de recours collectif. L’arbitre peut accorder, à l’encontre de TELUS, les réparations prévues à l’art. 172 de la *BPCPA*. La convention d’arbitrage entre S et TELUS ne constitue donc pas une renonciation irrégulière aux droits, avantages ou protections que l’art. 3 de la *BPCPA* confère à S. L’article 172 de la *BPCPA* désigne simplement l’instance appelée à statuer, dans le système judiciaire public, sur les droits, avantages et protections qu’offre l’art. 3. Il n’exclut pas explicitement la possibilité pour d’autres tribunaux, comme les tribunaux d’arbitrage, d’avoir compétence en la matière.

Il faut toujours examiner au cas par cas, en tenant compte des faits pertinents, la question de savoir si une clause d’arbitrage se trouvant dans un contrat de consommation est inéquitable ou abusive. Au Canada, les tribunaux judiciaires ont laissé à la discrétion des

of disputes to the discretion of the legislatures. The British Columbia legislature remains free to address any unfairness or harshness that might be perceived to be imposed as a result of the inclusion of arbitration clauses in commercial contracts. The legislatures of Quebec, Ontario and Alberta have seen fit to amend their consumer protection legislation to prohibit or limit waivers of class proceedings and arbitration clauses in agreements to which their consumer protection legislation applies. The British Columbia legislature made a choice both by incorporating the provisions of the *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* and the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* and by refraining from enacting provisions expressly limiting arbitration clauses and waivers of class proceedings in the consumer context. It also made another choice: to confer broad remedial jurisdiction on arbitrators. These choices are ones to which this Court must defer.

#### Cases Cited

By Binnie J.

**Referred to:** *Griffin v. Dell Canada Inc.*, 2010 ONCA 29, 98 O.R. (3d) 481; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *Rogers Wireless Inc. v. Muroff*, 2007 SCC 35, [2007] 2 S.C.R. 921; *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291; *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2009 BCCA 103, 89 B.C.L.R. (4th) 1; *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 SCC 17, [2003] 1 S.C.R. 178; *Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 SCC 40, [2003] 2 S.C.R. 63; *Smith v. Co-operators General Insurance Co.*, 2002 SCC 30, [2002] 2 S.C.R. 129; *ACS Public Sector Solutions Inc. v. Courthouse Technologies Ltd.*, 2005 BCCA 605, 48 B.C.L.R. (4th) 328; *Co-operators Life Insurance Co. v. Gibbens*, 2009 SCC 59, [2009] 3 S.C.R. 605; *Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102.

By LeBel and Deschamps JJ. (dissenting)

*MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *Rogers Wireless Inc. v. Muroff*, 2007 SCC 35, [2007] 2 S.C.R. 921; *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666;

législatures le soin de déterminer s'il convient ou non de soumettre une catégorie particulière de différends à l'arbitrage. La législature de la Colombie-Britannique demeure libre de remédier à toute injustice ou difficulté qui paraîtrait résulter de l'insertion de clauses d'arbitrage dans des contrats de consommation. Les législatures du Québec, de l'Ontario et de l'Alberta ont jugé bon de modifier leur législation en matière de protection du consommateur et choisi d'interdire ou de limiter la renonciation au recours collectif et l'insertion de clauses d'arbitrage dans les contrats régis par leurs lois sur la protection du consommateur. La législature de la Colombie-Britannique a fait son choix en incorporant la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* et la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* dans sa législation interne et en omettant d'adopter des dispositions limitant expressément les clauses d'arbitrage et les renonciations aux recours collectifs en matière de consommation. Elle a fait un autre choix, celui d'investir les arbitres de vastes pouvoirs de réparation. Notre Cour doit respecter ces choix.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

**Arrêts mentionnés :** *Griffin c. Dell Canada Inc.*, 2010 ONCA 29, 98 O.R. (3d) 481; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*, 2007 CSC 35, [2007] 2 R.C.S. 921; *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291; *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2009 BCCA 103, 89 B.C.L.R. (4th) 1; *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178; *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 CSC 40, [2003] 2 R.C.S. 63; *Smith c. Cie d'assurance générale Co-operators*, 2002 CSC 30, [2002] 2 R.C.S. 129; *ACS Public Sector Solutions Inc. c. Courthouse Technologies Ltd.*, 2005 BCCA 605, 48 B.C.L.R. (4th) 328; *Co-operators Compagnie d'assurance-vie c. Gibbens*, 2009 CSC 59, [2009] 3 R.C.S. 605; *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102.

Citée par les juges LeBel et Deschamps (dissidents)

*MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*, 2007 CSC 35, [2007] 2 R.C.S. 921; *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666; *MacKinnon c. National*

*MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2009 BCCA 103, 89 B.C.L.R. (4th) 1; *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 SCC 17, [2003] 1 S.C.R. 178; *Horton v. Sayer* (1859), 4 H. & N. 643, 157 E.R. 993; *Lee v. Page* (1861), 30 L.J. Ch. (N.S.) 857; *Edwards v. Aberayron Mutual Ship Insurance Society Ltd.* (1876), 1 Q.B.D. 563; *Doleman & Sons v. Ossett Corp.*, [1912] 3 K.B. 257; *Scott v. Avery* (1856), 5 H.L.C. 811, 10 E.R. 1121; *Johnston v. Western Assurance Co.* (1879), 4 O.A.R. 281; *Nolan v. Ocean, Accident and Guarantee Corp.* (1903), 5 O.L.R. 544; *Cayzer, Irvine and Co. v. Board of Trade*, [1927] 1 K.B. 269; *Brand v. National Life Assurance Co.* (1918), 44 D.L.R. 412; *Altwasser v. Home Insurance Co. of New York*, [1933] 2 W.W.R. 46; *Re Rootes Motors (Canada) Ltd. and Wm. Halliday Contracting Co.*, [1952] 4 D.L.R. 300; *Deuterium of Canada Ltd. v. Burns & Roe of Canada Ltd.* (1970), 15 D.L.R. (3d) 568, rev'd (1971), 21 D.L.R. (3d) 568, aff'd [1975] 2 S.C.R. 124; *Procon (Great Britain) Ltd. v. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565; *Vancouver v. Brandram-Henderson of B.C. Ltd.* (1959), 18 D.L.R. (2d) 700; *National Gypsum Co. v. Northern Sales Ltd.*, [1964] S.C.R. 144; *Vinette Construction Ltée v. Dobrinsky*, [1962] B.R. 62; *Gordon and Gotch (Australasia) Ltd. v. Montreal Australia New Zealand Line Ltd.* (1940), 68 B.R. 428; *Zodiak International Productions Inc. v. Polish People's Republic*, [1983] 1 S.C.R. 529; *Ville de Granby v. Désourdy Construction Ltée*, [1973] C.A. 971; *Sport Maska Inc. v. Zittner*, [1988] 1 S.C.R. 564; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; *Boart Sweden AB v. NYA Stromnes AB* (1988), 41 B.L.R. 295; *Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corp.* (1994), 12 B.L.R. (2d) 132; *BWV Investments Ltd. v. Saskferco Products Inc.* (1994), 125 Sask. R. 286; *Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.*, [1991] 1 W.W.R. 219; *Burlington Northern Railroad Co. v. Canadian National Railway Co.* (1995), 59 B.C.A.C. 97, rev'd [1997] 1 S.C.R. 5; *Condominiums Mont St-Sauveur Inc. v. Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783; *Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113; *R. v. Collins*, 2000 BCCA 437, 140 B.C.A.C. 311; *R. v. St. Lawrence Cement Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 712; *British Columbia Government and Service Employees' Union v. British Columbia (Minister of Health Services)*, 2007 BCCA 379, 245 B.C.A.C. 39; *Dalimpex Ltd. v. Janicki* (2003), 64 O.R. (3d) 737; *Dawson (City) v. TSL Contractors Ltd.*, 2003 YKCA 3, 180 B.C.A.C. 205; *Dancap Productions Inc. v. Key Brand Entertainment Inc.*, 2009 ONCA 135, 246 O.A.C. 226; *Jean Estate v. Wires Jolley LLP*, 2009 ONCA 339, 96 O.R. (3d) 171; *No. 363 Dynamic Endeavours Inc. v. 34718 B.C. Ltd.* (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 359; *Kaverit Steel and Crane Ltd. v. Kone Corp.* (1992), 87 D.L.R.

*Money Mart Co.*, 2009 BCCA 103, 89 B.C.L.R. (4th) 1; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178; *Horton c. Sayer* (1859), 4 H. & N. 643, 157 E.R. 993; *Lee c. Page* (1861), 30 L.J. Ch. (N.S.) 857; *Edwards c. Aberayron Mutual Ship Insurance Society Ltd.* (1876), 1 Q.B.D. 563; *Doleman & Sons c. Ossett Corp.*, [1912] 3 K.B. 257; *Scott c. Avery* (1856), 5 H.L.C. 811, 10 E.R. 1121; *Johnston c. Western Assurance Co.* (1879), 4 O.A.R. 281; *Nolan c. Ocean, Accident and Guarantee Corp.* (1903), 5 O.L.R. 544; *Cayzer, Irvine and Co. c. Board of Trade*, [1927] 1 K.B. 269; *Brand c. National Life Assurance Co.* (1918), 44 D.L.R. 412; *Altwasser c. Home Insurance Co. of New York*, [1933] 2 W.W.R. 46; *Re Rootes Motors (Canada) Ltd. and Wm. Halliday Contracting Co.*, [1952] 4 D.L.R. 300; *Deuterium of Canada Ltd. c. Burns & Roe of Canada Ltd.* (1970), 15 D.L.R. (3d) 568, inf. par (1971), 21 D.L.R. (3d) 568, conf. par [1975] 2 R.C.S. 124; *Procon (Great Britain) Ltd. c. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565; *Vancouver c. Brandram-Henderson of B.C. Ltd.* (1959), 18 D.L.R. (2d) 700; *National Gypsum Co. c. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144; *Vinette Construction Ltée c. Dobrinsky*, [1962] B.R. 62; *Gordon and Gotch (Australasia) Ltd. c. Montreal Australia New Zealand Line Ltd.* (1940), 68 B.R. 428; *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529; *Ville de Granby c. Désourdy Construction Ltée*, [1973] C.A. 971; *Sport Maska Inc. c. Zittner*, [1988] 1 R.C.S. 564; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *Boart Sweden AB c. NYA Stromnes AB* (1988), 41 B.L.R. 295; *Automatic Systems Inc. c. Bracknell Corp.* (1994), 12 B.L.R. (2d) 132; *BWV Investments Ltd. c. Saskferco Products Inc.* (1994), 125 Sask. R. 286; *Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.*, [1991] 1 W.W.R. 219; *Burlington Northern Railroad Co. c. Canadian National Railway Co.* (1995), 59 B.C.A.C. 97, inf. par [1997] 1 R.C.S. 5; *Condominiums Mont St-Sauveur Inc. c. Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783; *Gulf Canada Resources Ltd. c. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113; *R. c. Collins*, 2000 BCCA 437, 140 B.C.A.C. 311; *R. c. St. Lawrence Cement Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 712; *British Columbia Government and Service Employees' Union c. British Columbia (Minister of Health Services)*, 2007 BCCA 379, 245 B.C.A.C. 39; *Dalimpex Ltd. c. Janicki* (2003), 64 O.R. (3d) 737; *Dawson (City) c. TSL Contractors Ltd.*, 2003 YKCA 3, 180 B.C.A.C. 205; *Dancap Productions Inc. c. Key Brand Entertainment Inc.*, 2009 ONCA 135, 246 O.A.C. 226; *Jean Estate c. Wires Jolley LLP*, 2009 ONCA 339, 96 O.R. (3d) 171; *No. 363 Dynamic Endeavours Inc. c. 34718 B.C. Ltd.* (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 359; *Kaverit Steel and Crane Ltd. c. Kone Corp.* (1992),

(4th) 129; *Mind Star Toys Inc. v. Samsung Co.* (1992), 9 O.R. (3d) 374; *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974); *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Marcotte v. Longueuil (City)*, 2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65; *Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. v. Jacyk Estate* (2005), 2 B.L.R. (4th) 151, aff'd (2006), 80 O.R. (3d) 533, aff'd 2007 SCC 55, [2007] 3 S.C.R. 679; *Ting v. AT&T*, 319 F.3d 1126 (2003); *Szetela v. Discover Bank*, 118 Cal.Rptr.2d 862 (2002).

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Consumer Protection Act and the Act respecting the collection of certain debts*, S.Q. 2006, c. 56, s. 2.

*Arbitration Act*, R.S.B.C. 1979, c. 18.

*Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2, ss. 1(1) "consumer", "consumer transaction", "supplier", 3, 4 "deceptive act or practice", 5, 8, 9, 10(2), 171, 172, 173, 189, 190, 192.

*Civil Code of Lower Canada*, art. 13.

*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, art. 3149.

*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, ss. 4(1)(d), 13, 41.

*Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, arts. 940.1, 943, 943.1, 943.2.

*Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55, ss. 15, 22, 23, 29.

*Commercial Arbitration Act*, S.B.C. 1986, c. 3, s. 15.

*Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1.

*Consumer Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 30, Sch. A, ss. 7, 8, 100.

*Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 37.

*Fair Trading Act*, R.S.A. 2000, c. F-2, s. 16.

*International Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 233.

*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 44(h).

*Miscellaneous Statutes Amendment Act (No. 2)*, 1988, S.B.C. 1988, c. 46, s. 11.

*Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1996, c. 379.

*Small Claims Act*, R.S.B.C. 1996, c. 430, s. 3.

*Solicitors Act*, R.S.O. 1990, c. S.15, s. 23.

*Supreme Court Act*, R.S.B.C. 1996, c. 443, s. 15.

*Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1996, c. 457, ss. 3, 4(3)(b), (e), 18(3).

### Treaties and Other International Instruments

*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 330 U.N.T.S. 3.

87 D.L.R. (4th) 129; *Mind Star Toys Inc. c. Samsung Co.* (1992), 9 O.R. (3d) 374; *Scherk c. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974); *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65; *Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. c. Jacyk Estate* (2005), 2 B.L.R. (4th) 151, conf. par (2006), 80 O.R. (3d) 533, conf. par 2007 CSC 55, [2007] 3 R.C.S. 679; *Ting c. AT&T*, 319 F.3d 1126 (2003); *Szetela c. Discover Bank*, 118 Cal.Rptr.2d 862 (2002).

### Lois et règlements cités

*Arbitration Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 18.

*Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, ch. 2, art. 1(1) « consumer », « consumer transaction », « supplier », 3, 4 « deceptive act or practice », 5, 8, 9, 10(2), 171, 172, 173, 189, 190, 192.

*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4(1)d), 13, 41.

*Code civil du Bas Canada*, art. 13.

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3149.

*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 940.1, 943, 943.1, 943.2.

*Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 15, 22, 23, 29.

*Commercial Arbitration Act*, S.B.C. 1986, ch. 3, art. 15.

*Fair Trading Act*, R.S.A. 2000, ch. F-2, art. 16.

*International Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 233.

*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 44h).

*Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, ch. 30, ann. A., art. 7, 8, 100.

*Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, L.Q. 2006, ch. 56, art. 2.

*Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1.

*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 37.

*Loi sur les procureurs*, L.R.O. 1990, ch. S.15, art. 23.

*Miscellaneous Statutes Amendment Act (No. 2)*, 1988, S.B.C. 1988, ch. 46, art. 11.

*Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 379.

*Small Claims Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 430, art. 3.

*Supreme Court Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 443, art. 15.

*Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 457, art. 3, 4(3)b), e), 18(3).

### Traités et autres instruments internationaux

*Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 330 R.T.N.U. 3.



United Nations. Commission on International Trade Law. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc. A/40/17 (1985), Ann. I, arts. 8, 16.

### Authors Cited

- Bachand, Frédéric. "Should No-Class Action Arbitration Clauses Be Enforced?", in Arthur W. Rovine, ed., *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2008*. Leiden, The Netherlands: Martinus Nijhoff, 2009, 153.
- British Columbia. Law Reform Commission. *Report on Arbitration*. Vancouver: The Commission, 1982.
- British Columbia International Commercial Arbitration Centre. *Domestic Commercial Arbitration Rules of Procedure*. Vancouver: The Centre, 1998.
- Bromfield, Heather. "The Denial of Relief: The Enforcement of Class Action Waivers in Arbitration Agreements" (2009), 43 *U.C. Davis L. Rev.* 315.
- Casey, J. Brian, and Janet Mills. *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure*. Huntington, N.Y.: Juris, 2005.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2009.
- Earle, Wendy J. *Drafting ADR and Arbitration Clauses for Commercial Contracts*. Toronto: Thomson, 2005 (loose-leaf updated 2008, release 2).
- Fortier, L. Yves. "Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: 'Beware, My Lord, of Jealousy'" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 143.
- Glover, J. Maria. "Beyond Unconscionability: Class Action Waivers and Mandatory Arbitration Agreements" (2006), 59 *Vand. L. Rev.* 1735.
- Lawyers' Arbitration Letters 1980-1989*. Ardsley-on-Hudson, N.Y.: Transnational Juris, 1990.
- Little, Andrew D. "Canadian Arbitration Law After *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*" (2007), 45 *Can. Bus. L.J.* 356.
- McEwan, J. Kenneth, and Ludmila B. Herbst. *Commercial Arbitration in Canada: A Guide to Domestic and International Arbitrations*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated December 2009, release 4).
- Mingie, Christine J. *British Columbia Commercial Arbitration — An Annotated Guide*. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2004.
- Mustill, Michael J., and Stewart C. Boyd. *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2nd ed. London: Butterworths, 1989.
- Saumier, Geneviève. "Consumer Arbitration in the Evolving Canadian Landscape" (2009), 113 *Penn. St. L. Rev.* 1203.

Nations Unies. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17 (1985), ann. I, art. 8, 16.

### Doctrine citée

- Bachand, Frédéric. « Should No-Class Action Arbitration Clauses Be Enforced? », in Arthur W. Rovine, ed., *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2008*. Leiden, The Netherlands: Martinus Nijhoff, 2009, 153.
- British Columbia International Commercial Arbitration Centre. *Domestic Commercial Arbitration Rules of Procedure*. Vancouver: The Centre, 1998.
- Bromfield, Heather. « The Denial of Relief: The Enforcement of Class Action Waivers in Arbitration Agreements » (2009), 43 *U.C. Davis L. Rev.* 315.
- Casey, J. Brian, and Janet Mills. *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure*. Huntington, N.Y.: Juris, 2005.
- Colombie-Britannique. Law Reform Commission. *Report on Arbitration*. Vancouver: The Commission, 1982.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2009.
- Earle, Wendy J. *Drafting ADR and Arbitration Clauses for Commercial Contracts*. Toronto: Thomson, 2005 (loose-leaf updated 2008, release 2).
- Fortier, L. Yves. « Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: "Beware, My Lord, of Jealousy" » (2001), 80 *R. du B. can.* 143.
- Glover, J. Maria. « Beyond Unconscionability: Class Action Waivers and Mandatory Arbitration Agreements » (2006), 59 *Vand. L. Rev.* 1735.
- Lawyers' Arbitration Letters 1980-1989*. Ardsley-on-Hudson, N.Y.: Transnational Juris, 1990.
- Little, Andrew D. « Canadian Arbitration Law After *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs* » (2007), 45 *Rev. can. dr. comm.* 356.
- McEwan, J. Kenneth, and Ludmila B. Herbst. *Commercial Arbitration in Canada: A Guide to Domestic and International Arbitrations*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated December 2009, release 4).
- Mingie, Christine J. *British Columbia Commercial Arbitration — An Annotated Guide*. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2004.
- Mustill, Michael J., and Stewart C. Boyd. *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2nd ed. London: Butterworths, 1989.

Sternlight, Jean R., and Elizabeth J. Jensen. "Using Arbitration to Eliminate Consumer Class Actions: Efficient Business Practice or Unconscionable Abuse?" (2004), 67 *Law & Contemp. Probs.* 75.

Thuilleaux, Sabine. *L'arbitrage commercial au Québec: Droit interne — Droit international privé*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Rowles, Newbury, Tysoe and Neilson J.J.A.), 2009 BCCA 104, 88 B.C.L.R. (4th) 212, [2009] 5 W.W.R. 466, 68 C.P.C. (6th) 57, 267 B.C.A.C. 266, 450 W.A.C. 266, 304 D.L.R. (4th) 564, [2009] B.C.J. No. 469 (QL), 2009 CarswellBC 608, reversing a decision of Masuhara J., 2008 BCSC 933, 85 B.C.L.R. (4th) 372, 295 D.L.R. (4th) 511, [2008] B.C.J. No. 1347 (QL), 2008 CarswellBC 1490. Appeal allowed in part, LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ. dissenting.

*Arthur M. Grant and Bruce W. Lemer*, for the appellant.

*Robert S. Anderson, Q.C., Sean Hern and Nicholas T. Hooge*, for the respondent.

*Babak Barin, Gaston Gauthier and Frédéric Côté*, for the intervener Barreau du Québec.

*Ivan G. Whitehall, Q.C., and Alejandro Manevich*, for the intervener the Canadian Arbitration Congress.

*Barry Leon, Andrew de Lotbinière McDougall and Daniel Taylor*, for the intervener ADR Chambers Inc.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] BINNIE J. — This appeal concerns a dispute between TELUS Communications Inc. ("TELUS") and one of its customers, the appellant Ms. Seidel, arising out of a cell phone contract. The contract,

Saumier, Geneviève. « Consumer Arbitration in the Evolving Canadian Landscape » (2009), 113 *Penn. St. L. Rev.* 1203.

Sternlight, Jean R., and Elizabeth J. Jensen. « Using Arbitration to Eliminate Consumer Class Actions : Efficient Business Practice or Unconscionable Abuse? » (2004), 67 *Law & Contemp. Probs.* 75.

Thuilleaux, Sabine. *L'arbitrage commercial au Québec : Droit interne — Droit international privé*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1991.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Rowles, Newbury, Tysoe et Neilson), 2009 BCCA 104, 88 B.C.L.R. (4th) 212, [2009] 5 W.W.R. 466, 68 C.P.C. (6th) 57, 267 B.C.A.C. 266, 450 W.A.C. 266, 304 D.L.R. (4th) 564, [2009] B.C.J. No. 469 (QL), 2009 CarswellBC 608, qui a infirmé une décision du juge Masuhara, 2008 BCSC 933, 85 B.C.L.R. (4th) 372, 295 D.L.R. (4th) 511, [2008] B.C.J. No. 1347 (QL), 2008 CarswellBC 1490. Pourvoi accueilli en partie, les juges LeBel, Deschamps, Abella et Charron sont dissidents.

*Arthur M. Grant et Bruce W. Lemer*, pour l'appelante.

*Robert S. Anderson, c.r., Sean Hern et Nicholas T. Hooge*, pour l'intimée.

*Babak Barin, Gaston Gauthier et Frédéric Côté*, pour l'intervenant le Barreau du Québec.

*Ivan G. Whitehall, c.r., et Alejandro Manevich*, pour l'intervenant le Congrès d'arbitrage canadien.

*Barry Leon, Andrew de Lotbinière McDougall et Daniel Taylor*, pour l'intervenante ADR Chambers Inc.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Le présent pourvoi concerne un différend qui découle d'un contrat de services de téléphonie cellulaire entre TELUS Communications Inc. (« TELUS ») et une de

drawn up by TELUS, provided that “[a]ny claim, dispute or controversy” shall be referred to “private and confidential mediation” and thereafter, if unresolved, to “private, confidential and binding arbitration”. TELUS says that mediation and arbitration offer a low-cost, quick, private and effective means of sorting out disputes according to rules the parties themselves have agreed to. Notwithstanding these provisions, Ms. Seidel filed a statement of claim in the Supreme Court of British Columbia setting out a variety of complaints including some that invoke rights, benefits or protections under the British Columbia *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2 (“*BPCPA*”). This consumer legislation is designed, it is contended, to remedy the mischief described by Sharpe J.A. of the Ontario Court of Appeal:

The seller’s stated preference for arbitration is often nothing more than a guise to avoid liability for widespread low-value wrongs that cannot be litigated individually but when aggregated form the subject of a viable class proceeding . . . . When consumer disputes are in fact arbitrated through bodies such as NAF that sell their services to corporate suppliers, consumers are often disadvantaged by arbitrator bias in favour of the dominant and repeat-player corporate client . . . .

(*Griffin v. Dell Canada Inc.*, 2010 ONCA 29, 98 O.R. (3d) 481, at para. 30)

[2] The choice to restrict or not to restrict arbitration clauses in consumer contracts is a matter for the legislature. Absent legislative intervention, the courts will generally give effect to the terms of a commercial contract freely entered into, even a contract of adhesion, including an arbitration clause. The important question raised by this appeal, however, is whether the *BPCPA* manifests a legislative intent to intervene in the marketplace to relieve consumers of their contractual

ses clientes, l’appelante M<sup>me</sup> Seidel. Rédigé par TELUS, le contrat prévoyait que [TRADUCTION] « [t]out différend, toute controverse ou toute réclamation [. . .] feront l’objet d’une médiation privée et confidentielle ». À défaut d’un règlement, le litige sera alors soumis à un [TRADUCTION] « arbitrage privé, confidentiel et final ». TELUS affirme que la médiation et l’arbitrage constituent des mécanismes de résolution des différends privés, peu coûteux, rapides et efficaces selon des règles dont les parties elles-mêmes ont convenu. Malgré ces dispositions, M<sup>me</sup> Seidel a déposé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une déclaration exposant diverses plaintes dont certaines reposent sur des droits, avantages ou protections conférés par la *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, ch. 2 (« *BPCPA* »). Elle soutient que cette loi ayant pour objet la protection des consommateurs est rédigée de manière à remédier aux méfaits décrits ci-dessous par le juge Sharpe, de la Cour d’appel de l’Ontario :

[TRADUCTION] La préférence déclarée du vendeur pour l’arbitrage n’est souvent rien de plus qu’une façon d’éviter d’être tenu responsable de fautes multiples donnant lieu à de petites pertes pécuniaires, qui ne peuvent faire l’objet de poursuites individuelles, mais qui, ensemble, peuvent faire l’objet d’un recours collectif viable [. . .] Lorsque les litiges de consommation sont renvoyés à l’arbitrage par un organisme comme le NAF, qui vend ses services à des entreprises, les consommateurs sont souvent victimes de la partialité de l’arbitre, qui favorise l’entreprise, son client important et régulier . . . .

(*Griffin c. Dell Canada Inc.*, 2010 ONCA 29, 98 O.R. (3d) 481, par. 30)

[2] La décision de restreindre ou non les clauses d’arbitrage dans les contrats de consommation revient à la législature. En l’absence d’intervention de la législature, les tribunaux donnent généralement effet aux clauses d’un contrat commercial librement conclu dans lequel figure une clause d’arbitrage, et ce, même s’il s’agit d’un contrat d’adhésion. Le présent pourvoi soulève la question importante de savoir si la législature a exprimé, dans la *BPCPA*, la volonté d’intervenir dans les rapports

commitment to “private and confidential” mediation/arbitration and, if so, under what circumstances.

[3] My colleagues LeBel and Deschamps JJ. attempt to cast the appeal in terms of whether or not arbitrators should be seen as “second-class adjudicators” (para. 55) and paint those with whom they disagree as exhibiting an “undercurrent of hostility towards arbitration” (para. 101). Respectfully, I believe the Court’s job is neither to promote nor detract from private and confidential arbitration. The Court’s job is to give effect to the intent of the legislature as manifested in the provisions of its statutes.

[4] The *BPCPA* issue was rightly entertained by the courts below rather than in the first instance by an arbitrator notwithstanding the adoption of the competence-competence principle in British Columbia, because it raised an issue of jurisdiction on undisputed facts on which an authoritative judicial interpretation was appropriate (see *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, at paras. 84-86).

[5] Section 172 of the *BPCPA* contains a remedy whereby “a person other than a supplier, whether or not the person bringing the action has a special interest or any interest under this Act or is affected by a consumer transaction that gives rise to the action, may bring an action in Supreme Court” to enforce the statute’s consumer protection standards. Under s. 3 of the *BPCPA*, any agreement between the parties that would waive or release “rights, benefits or protections” conferred by the *BPCPA* is “void”. My opinion is that to the extent Ms. Seidel’s claim in the Supreme Court invokes s. 172 remedies in respect of “rights, benefits or protections” conferred by the *BPCPA*, her court action must be allowed to proceed notwithstanding the mediation/arbitration clause. This includes her claims for declaratory and injunctive relief and, if granted, ancillary relief in the form of restoration

commerciaux pour libérer les consommateurs de leur engagement contractuel de soumettre leur éventuel litige à une médiation ou à un arbitrage « priv[é] et confidenti[el] » et, si oui, dans quelles circonstances.

[3] Mes collègues les juges LeBel et Deschamps tentent de soutenir que le pourvoi porte sur la question de savoir s’il faut considérer les arbitres comme des « décideurs de deuxième ordre » (par. 55), et de dépendre les personnes avec qui ils sont en désaccord comme les adeptes d’un « courant d’hostilité vis-à-vis l’arbitrage » (par. 101). Avec égards, j’estime qu’il ne revient pas à la Cour de promouvoir ou de critiquer l’arbitrage privé et confidentiel; il revient à la Cour de donner effet à l’intention exprimée par la législature dans les dispositions de ses lois.

[4] C’est à bon droit que la *BPCPA* a été soumise à l’examen des juridictions inférieures plutôt qu’à l’examen d’un arbitre en première instance malgré l’adoption du principe de compétence-compétence en Colombie-Britannique, parce qu’elle met en cause une question de compétence relative à des faits non contestés sur laquelle un tribunal devait rendre une décision faisant autorité (voir *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 84-86).

[5] L’article 172 de la *BPCPA* prévoit un recours suivant lequel [TRADUCTION] « une personne autre qu’un fournisseur — que cette personne ait ou non un intérêt, particulier ou autre, à faire valoir sous le régime de la présente loi, ou qu’elle soit ou non touchée par l’opération commerciale à l’origine du litige — peut intenter une action devant la Cour suprême » en vue de faire respecter les normes relatives à la protection des consommateurs. Suivant l’art. 3 de la *BPCPA*, toute entente qui comporte une renonciation aux [TRADUCTION] « droits, avantages ou protections » prévus par la *BPCPA* est « nulle ». Selon moi, dans la mesure où M<sup>me</sup> Seidel cherche, devant la Cour suprême, à obtenir des mesures de réparation prévues à l’art. 172 en ce qui concerne des [TRADUCTION] « droits, avantages ou protections » conférés par la *BPCPA*, son action doit suivre son cours malgré la clause de médiation

to consumers of any money acquired by TELUS in contravention of the *BPCPA*.

[6] The reason for this conclusion is simple. Section 172 provides a mandate for consumer activists or others, whether or not they are personally “affected” in any way by any “consumer transaction”. Section 172 contemplates such a person “bringing the action”. The action is specified to be brought “in Supreme Court”. The clear intention of the legislature is to supplement and multiply the efforts of the director under the *BPCPA* to implement province-wide standards of fair consumer practices by enlisting the efforts of a whole host of self-appointed private enforcers. In an era of tight government budgets and increasingly sophisticated supplier contracts, this is understandable legislative policy. An action in the Supreme Court will generate a measure of notoriety and, where successful, public denunciation, neither of which would be achieved to nearly the same extent by “private, confidential and binding arbitration”.

[7] Private arbitral justice, because of its contractual origins, is necessarily limited. As the *BPCPA* recognizes, some types of relief can only be made available from a superior court. Accordingly, to the extent Ms. Seidel’s complaints shelter under s. 172 of the *BPCPA* (and only to that extent), they cannot be waived by an arbitration clause and her court action may continue, in my opinion. As to her alternative complaints, whether under other sections of the *BPCPA*, the now repealed *Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1996, c. 457 (“*TPA*”), or at common law, the TELUS arbitration clause is valid and enforceable. As to those claims, her court action should be stayed pursuant to s. 15 of the

et d’arbitrage. Cette conclusion vise ses demandes de jugement déclaratoire et d’injonction et, si elle a gain de cause, la réparation accessoire sous forme de restitution aux consommateurs de toute somme d’argent obtenue par TELUS en contravention de la *BPCPA*.

[6] Les raisons qui m’amènent à cette conclusion sont simples. L’article 172 confie un mandat aux défenseurs des intérêts des consommateurs et à toute autre personne, et ce, qu’ils soient ou non personnellement « touchés » d’une façon ou d’une autre par une [TRADUCTION] « opération commerciale ». L’article 172 vise la personne qui « intent[e] [l’]action ». Il précise que la poursuite doit être engagée « devant la Cour suprême ». La législature veut clairement appuyer et élargir les efforts que le directeur nommé en vertu de la *BPCPA* déploie pour appliquer des normes provinciales en matière de pratiques équitables de consommation en s’assurant le concours d’un grand nombre de poursuivants privés agissant de leur propre chef. En cette période de budgets gouvernementaux serrés et de complexification des contrats visant la fourniture de biens ou de services, on peut comprendre que la législature ait retenu cette approche. Un recours devant la Cour suprême entraîne une certaine notoriété et, advenant une décision favorable, conduit à une dénonciation publique, deux objectifs que l’[TRADUCTION] « arbitrage privé, confidentiel et final » ne permettrait pas d’atteindre.

[7] Étant donné ses origines contractuelles, la justice rendue par le recours à l’arbitrage privé a forcément une portée limitée. Comme le reconnaît la *BPCPA*, certains types de réparation ne peuvent être accordés que par une cour supérieure. Par conséquent, dans la mesure où les plaintes de M<sup>me</sup> Seidel s’appuient sur l’art. 172 de la *BPCPA* (et seulement dans cette mesure), elles ne peuvent faire l’objet d’une renonciation en vertu d’une clause d’arbitrage et l’action intentée par M<sup>me</sup> Seidel peut, selon moi, suivre son cours. Pour ce qui est des plaintes subsidiaires de M<sup>me</sup> Seidel, lesquelles reposent sur d’autres dispositions de la *BPCPA*, sur la *Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1996,

*Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55 (“CAA”).

[8] I should flag at the outset two issues that this appeal does *not* decide. Firstly, of course, Ms. Seidel’s complaints against TELUS are taken to be capable of proof only for the purposes of this application. We are not assuming the allegations will be proven, let alone deciding that TELUS did in fact engage in the conduct complained of. Secondly, Ms. Seidel’s action is framed as a class proceeding, for which she is seeking certification. The present appeal concerns only her individual action. Whether or not the s. 172 claims should be certified as a class action is a matter that will have to be determined by the courts of British Columbia, which have yet to address the issue.

[9] The British Columbia Court of Appeal stayed all of Ms. Seidel’s claims — both under the *BPCPA* and otherwise. I would therefore partly grant the appeal to allow her claims under s. 172 of the *BPCPA* to go forward as candidates for certification. In other respects, the appeal should be dismissed.

### I. Facts

[10] TELUS and Ms. Seidel entered into a written cellular phone services contract in 2000. By a statement of claim dated January 21, 2005, she claims that TELUS falsely represented to her and other consumers how it calculates air time for billing purposes. She seeks redress against what she contends are deceptive and unconscionable practices contrary to ss. 3, 4(3)(b) and 4(3)(e) of the *TPA* and ss. 4, 5, 8(3)(b) and 9 of the *BPCPA* (statement of claim, at paras. 11-12). She invokes both s. 171 and s. 172 remedies. Further, as stated, she

ch. 457 (« *TPA* »), maintenant abrogée, ou sur la common law, la clause d’arbitrage de TELUS est valide et exécutoire. La poursuite de M<sup>me</sup> Seidel devrait donc être suspendue à l’égard de ces demandes en application de l’art. 15 de la *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 55 (« *CAA* »).

[8] D’entrée de jeu, il convient de signaler deux questions que le présent arrêt *ne tranche pas*. Premièrement, il va de soi que le bien-fondé des plaintes de M<sup>me</sup> Seidel contre TELUS n’est présumé susceptible d’être établi que pour les besoins de la présente demande. Nous ne supposons pas que les allégations seront prouvées, et encore moins concluons que TELUS a commis l’acte qu’on lui reproche. Deuxièmement, le recours de M<sup>me</sup> Seidel prend la forme d’un recours collectif à l’égard duquel elle demande l’autorisation. Le présent pourvoi ne concerne que son recours individuel. La question de savoir s’il faut autoriser le recours collectif en ce qui concerne les demandes visées à l’art. 172 devra être tranchée par les tribunaux de la Colombie-Britannique, qui ne se sont pas encore penchés sur cet aspect du litige.

[9] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a suspendu toutes les demandes de M<sup>me</sup> Seidel — tant celles qui reposent sur la *BPCPA* que les autres. Je suis par conséquent d’avis d’accueillir le pourvoi en partie de façon à permettre que la demande d’autorisation relative aux demandes fondées sur l’art. 172 de la *BPCPA* suive son cours. Pour le reste, il y a lieu de rejeter le pourvoi.

### I. Faits

[10] TELUS et M<sup>me</sup> Seidel ont conclu par écrit un contrat de services de téléphonie cellulaire en 2000. Dans une déclaration datée du 21 janvier 2005, M<sup>me</sup> Seidel prétend que TELUS lui a faussement indiqué ainsi qu’à d’autres consommateurs comment l’entreprise calculait le temps d’antenne à des fins de facturation. Elle demande réparation pour ce qu’elle prétend être des pratiques trompeuses et abusives contraires à l’art. 3, aux al. 4(3)(b) et 4(3)(e) de la *TPA* et aux art. 4 et 5 ainsi qu’à l’al. 8(3)(b) et à l’art. 9 de la *BPCPA* (déclaration, par. 11-12).

seeks certification to act on her own behalf and as representative of a class of allegedly overcharged customers, pursuant to the *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50 (“CPA”).

[11] I leave aside her claims under the *TPA* which are clearly subject to the arbitration agreement, and therefore not before the court. With respect to s. 172 of the *BPCPA*, however, she seeks a declaration that TELUS engaged in deceptive and unconscionable trade acts and practices under s. 172(1)(a). She also seeks an interim and permanent injunction under s. 172(1)(b), prohibiting TELUS from engaging in such acts and practices, and an order under s. 172(3)(a) restoring monies that TELUS acquired, she says, by contravening the *BPCPA*, including a proper accounting.

[12] In 2007, in the course of Ms. Seidel’s application to have her claim certified as a class action, TELUS applied for a stay on the basis of the arbitration clause pursuant to s. 15 of the *CAA*. In doing so, it relied on this Court’s decisions in *Dell and Rogers Wireless Inc. v. Muroff*, 2007 SCC 35, [2007] 2 S.C.R. 921, in which Quebec class certification proceedings were stayed pending the arbitration of consumer disputes. Ms. Seidel is obliged in the first instance, TELUS says, to have her entire complaint, including the *BPCPA* claims, dealt with by arbitration, as provided for in their service contract. Under the competence-competence principle, the arbitrator will determine what, if anything, is excluded from his or her jurisdiction and can thus be taken to the courts (R.F., at para. 30).

[13] Unfortunately, the initial 2000 contract containing the original arbitration clause on which TELUS relies cannot be found. However, the 2003

Elle sollicite les réparations prévues aux art. 171 et 172. De plus, comme je l’ai déjà dit, elle demande, en vertu de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50 (« CPA »), l’autorisation d’agir en son nom et en qualité de représentante d’une catégorie de consommateurs auxquels on aurait facturé des sommes excessives.

[11] Je fais abstraction des demandes de M<sup>me</sup> Seidel fondées sur la *TPA*; ces demandes sont clairement assujetties à la convention d’arbitrage et la cour n’en est donc pas saisie. Toutefois, pour ce qui est de l’art. 172 de la *BPCPA*, elle sollicite en vertu de l’al. 172(1)a) un jugement déclarant que TELUS s’est livrée à des pratiques de commerce trompeuses et abusives. Elle sollicite également, en vertu de l’al. 172(1)b), une injonction provisoire ainsi qu’une injonction permanente interdisant à TELUS de se livrer à de telles pratiques, de même que, en application de l’al. 172(3)a), une ordonnance de restitution des sommes d’argent que TELUS a obtenues, dit-elle, en contrevenant à la *BPCPA*, et une comptabilisation exacte.

[12] En 2007, dans le cadre de l’instance portant sur la demande d’autorisation d’exercer un recours collectif présentée par M<sup>me</sup> Seidel, TELUS a cherché à obtenir la suspension de l’action, invoquant la clause d’arbitrage en application de l’art. 15 de la *CAA*. Pour ce faire, elle s’est appuyée sur les arrêts de notre Cour dans *Dell et Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*, 2007 CSC 35, [2007] 2 R.C.S. 921, dans lesquels des procédures d’autorisation de recours collectifs engagées au Québec ont été suspendues en attendant l’issue d’un arbitrage relatif à des différends avec des consommateurs. Selon TELUS, M<sup>me</sup> Seidel doit d’abord soumettre la totalité de sa plainte, y compris les demandes fondées sur la *BPCPA*, à l’arbitrage, comme il est prévu dans le contrat de service. Suivant le principe de compétence-compétence, l’arbitre déterminera les questions, s’il en est, qui sont exclues de sa compétence et qui peuvent par conséquent être soumises aux tribunaux (m.i., par. 30).

[13] Malheureusement, le contrat initial intervenu en 2000 contenant la clause d’arbitrage sur laquelle TELUS s’appuie est introuvable. Toutefois, le

contract is in evidence and contains the following arbitration clause (an almost identical clause is found in the 2004 renewed contract):

15. ARBITRATION: Any claim, dispute or controversy (whether in contract or tort, pursuant to statute or regulation, or otherwise and whether pre-existing, present or future — except for the collection from you of any amount by TELUS Mobility) arising out of or relating to: (a) this agreement; (b) a phone or the service; (c) oral or written statements, or advertisements or promotions relating to this agreement or to a product or service; or (d) the relationships which result from this agreement (including relationships with third parties who are not parties to this agreement), (each, a “Claim”) will be referred to and determined by private and confidential mediation before a single mediator chosen by the parties and at their joint cost. Should the parties after mediation in good faith fail to reach a settlement, the issue between them shall then be determined by private, confidential and binding arbitration by the same person originally chosen as mediator. Either party may commence court proceedings to enforce the arbitration result when an arbitration decision shall have been rendered and thirty (30) days have passed from the date of such decision. By so agreeing, you waive any right you may have to commence or participate in any class action against TELUS Mobility related to any Claim and, where applicable, you hereby agree to opt out of any class proceeding against TELUS Mobility otherwise commenced. . . . [Emphasis added; A.R., at p. 83.]

The last sentence of the arbitration clause quoted above purports to waive any right Ms. Seidel may have to commence or participate in a class action. It is suggested on behalf of TELUS that that last sentence constitutes a separate bargain — distinct from the arbitration provision that precedes it — that survives any invalidity of the rest of the clause in relation to s. 172 proceedings. On this alternative submission, Ms. Seidel could still proceed in court with her individual s. 172 action but would be contractually barred from seeking its certification as a class proceeding. As will be seen, I would reject this submission of TELUS as well.

contrat de 2003 a été déposé en preuve et il contient la clause d'arbitrage suivante (une clause quasi identique figure dans le contrat renouvelé en 2004) :

[TRADUCTION]

15. ARBITRAGE : Tout différend, toute controverse ou toute réclamation (de nature contractuelle ou délictuelle, en vertu de la loi ou d'un règlement, ou autrement, passé, présent ou futur — sauf en ce qui concerne la perception par TELUS Mobilité de toute somme auprès de vous) qu'il découle des causes suivantes ou qu'il y soit lié : a) la présente entente; b) un téléphone ou le service; c) des déclarations verbales ou écrites, ou des publicités ou promotions concernant la présente entente ou un produit ou un service; d) les relations qui découlent de la présente entente (y compris les relations avec les tiers qui ne sont pas parties), (chacune étant, individuellement, une « réclamation ») feront l'objet d'une médiation privée et confidentielle devant un seul médiateur choisi par les parties à leurs frais conjoints. Si les parties n'arrivent pas à un règlement après une médiation de bonne foi, le litige sera alors soumis à l'arbitrage privé, confidentiel et final de la même personne qui a été choisie à l'origine comme médiateur. L'une ou l'autre des parties peut intenter une action en justice en vue de faire respecter et exécuter la sentence arbitrale rendue, après un délai de trente (30) jours à compter de la date de cette sentence. En acceptant ce qui précède, vous renoncez à tout droit que vous pouvez avoir d'intenter un recours collectif, ou d'y participer, à l'encontre de TELUS Mobilité, en ce qui concerne toute réclamation et, le cas échéant, vous convenez, par les présentes, de vous retirer de tout recours collectif autrement intenté contre TELUS Mobilité. . . . [Je souligne; d.a., p. 83.]

La dernière phrase de cet extrait de la clause d'arbitrage est censée porter renonciation à tout droit que M<sup>me</sup> Seidel pourrait avoir d'intenter un recours collectif ou d'y participer. On soutient au nom de TELUS que cette phrase constitue une entente distincte — distincte de la clause d'arbitrage qui la précède — qui demeure en vigueur même si pour le reste, la clause est déclarée nulle en ce qui concerne les recours fondés sur l'art. 172. Suivant cet argument subsidiaire, l'action individuelle intentée par M<sup>me</sup> Seidel sur le fondement de l'art. 172 pourrait suivre son cours, mais une clause contractuelle interdirait à M<sup>me</sup> Seidel de présenter une demande visant à faire autoriser cette action en tant que recours collectif. Comme nous le verrons, je suis d'avis de rejeter également cet argument de TELUS.



## II. Judicial History

### A. *Supreme Court of British Columbia (2008 BCSC 933, 85 B.C.L.R. (4th) 372; Masuhara J.)*

[14] The applications judge concluded that *Dell* could not be said to have set out a test of general application. In his view, it rested on provisions specific to Quebec law and should not be taken to have overruled earlier B.C. precedent, including in particular, *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291 (“*MacKinnon 2004*”). In *MacKinnon 2004*, the B.C. Court of Appeal had found that an arbitration agreement should be considered “inoperative” within the meaning of s. 15 of the CAA only if a class proceeding is certified under the CPA because it is the “preferable procedure” (s. 4(1)(d)), and that it is premature to determine whether the action should be stayed until the court has dealt with the certification application. The court therefore remitted the stay application back to the case management judge for reconsideration with the application for certification. Applying the *MacKinnon 2004* reasoning, Masuhara J. denied TELUS’s application for a stay of the certification proceedings (para. 84).

### B. *British Columbia Court of Appeal (2009 BCCA 104, 88 B.C.L.R. (4th) 212; Tysoe J.A. (Finch C.J.B.C. and Rowles, Newbury and Neilson J.J.A. concurring))*

[15] The Court of Appeal considered *Seidel* with a companion case, *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2009 BCCA 103, 89 B.C.L.R. (4th) 1 (“*MacKinnon 2009*”). The appeal in *Seidel* was allowed. The appeal in *MacKinnon 2009* would also have been allowed but for the court’s conclusion that issue estoppel applied. The appeal in that case was dismissed accordingly.

## II. Historique judiciaire

### A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (2008 BCSC 933, 85 B.C.L.R. (4th) 372; le juge Masuhara)*

[14] Le juge des requêtes a conclu qu’on ne saurait considérer que l’arrêt *Dell* a établi un critère d’application générale. Selon lui, cet arrêt portait sur des dispositions propres au Québec et ne devrait pas être accepté comme précédent ayant pour effet d’infirmar la jurisprudence antérieure de la Colombie-Britannique, plus particulièrement l’arrêt *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291 (« *MacKinnon 2004* »). Dans *MacKinnon 2004*, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a estimé qu’une convention d’arbitrage ne devrait être considérée comme « inopérante » au sens de l’art. 15 de la CAA que si un recours collectif est autorisé aux termes de la CPA parce qu’il constitue la [TRADUCTION] « meilleure procédure » (al. 4(1)d), et qu’il est prématuré de décider si l’action devrait être suspendue en attendant que la cour se prononce sur la demande d’autorisation. La Cour d’appel a donc renvoyé la demande de suspension d’instance au juge chargé de la gestion de l’instance pour qu’il l’examine de nouveau lors de l’analyse de la demande d’autorisation du recours collectif. Appliquant le raisonnement adopté dans *MacKinnon 2004*, le juge Masuhara a rejeté la demande de TELUS visant la suspension de la procédure d’autorisation (par. 84).

### B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique (2009 BCCA 104, 88 B.C.L.R. (4th) 212; le juge Tysoe (le juge en chef Finch et les juges Rowles, Newbury et Neilson ont souscrit à ses motifs))*

[15] La Cour d’appel a instruit l’affaire *Seidel* en même temps que l’affaire connexe *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2009 BCCA 103, 89 B.C.L.R. (4th) 1 (« *MacKinnon 2009* »). L’appel a été accueilli dans *Seidel*. Dans *MacKinnon 2009*, l’appel aurait aussi été accueilli si la cour n’avait pas conclu que la préclusion découlant d’une question déjà tranchée s’appliquait. L’appel dans cette affaire a donc été rejeté.

[16] The central issue was whether this Court's decision in *Dell* had effectively overruled the earlier B.C. Court of Appeal decision in *MacKinnon 2004*.

[17] For this purpose, in *MacKinnon 2009*, the court considered whether the legislative provisions governing arbitration in Quebec could be distinguished from the British Columbia CAA. It concluded that, since both pieces of legislation stemmed from the *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 330 U.N.T.S. 3 (the "New York Convention"), and the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc. A/40/17 (1985), Ann. I ("Model Law"), any differences were technical rather than substantive.

[18] As to the provisions of the *BPCPA* forbidding waivers of "rights, benefits or protections", the court considered that to the extent the arbitration clause is a waiver of anything, it is a waiver of forum, but forum (as such) is not included in the protection offered by s. 3 of the *BPCPA*, which only covers substantive consumer rights. Accordingly, the court applied *Dell* and held that the plaintiff was bound by the arbitration clause contained in the contract of adhesion in respect of all claims (*MacKinnon 2009*, at paras. 69-72).

[19] In *Seidel*, the Court of Appeal also held, having regard to the competence-competence principle as it is incorporated in B.C. law, that it is for the arbitrator to consider whether the arbitration agreement existed in the original contract, and to determine which claims are subject to arbitration and which should go before a court (paras. 28-34).

[20] In the result, the B.C. Court of Appeal entered a stay of Ms. Seidel's action in its entirety.

[16] Il s'agissait essentiellement de déterminer si l'arrêt *Dell* de notre Cour avait effectivement eu pour effet d'infirmer l'arrêt antérieur *MacKinnon 2004* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

[17] À cette fin, dans *MacKinnon 2009*, la Cour d'appel a examiné la question de savoir si les lois régissant la procédure d'arbitrage au Québec pouvaient être distinguées de la CAA de la Colombie-Britannique. Elle a conclu qu'étant donné que les deux textes législatifs découlaient de la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 330 R.T.N.U. 3 (la « Convention de New York »), et de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17 (1985), ann. I (« Loi type »), toute différence, le cas échéant, était de nature technique et non substantielle.

[18] Pour ce qui est des dispositions de la *BPCPA* interdisant la renonciation à des [TRADUCTION] « droits, avantages ou protections », la Cour d'appel a estimé que, dans la mesure où la clause d'arbitrage constitue une renonciation, il s'agit d'une renonciation à s'adresser à un organe décisionnel, mais que les organes décisionnels (en tant que tels) ne sont pas visés par la protection qu'offre l'art. 3 de la *BPCPA*, qui ne concerne que les droits substantiels des consommateurs. La Cour d'appel a donc appliqué l'arrêt *Dell* et jugé que l'appelante était liée par la clause d'arbitrage figurant dans le contrat d'adhésion à l'égard de toutes les demandes (*MacKinnon 2009*, par. 69-72).

[19] Dans *Seidel*, la Cour d'appel a également conclu, compte tenu du principe de compétence-compétence qui fait partie intégrante du droit de la C.-B., qu'il revient à l'arbitre d'examiner si la convention d'arbitrage se trouvait dans le contrat initial, et de déterminer les demandes qui sont assujetties à l'arbitrage et celles qui devraient être soumises à une cour (par. 28-34).

[20] En définitive, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a ordonné la suspension de l'action de M<sup>me</sup> Seidel dans sa totalité.

**III. Relevant Legislation**

[21] *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2

**Waiver or release void except as permitted**

- 3 Any waiver or release by a person of the person's rights, benefits or protections under this Act is void except to the extent that the waiver or release is expressly permitted by this Act.

. . .

**Unconscionable acts or practices**

- 8 (1) An unconscionable act or practice by a supplier may occur before, during or after the consumer transaction.
- (2) In determining whether an act or practice is unconscionable, a court must consider all of the surrounding circumstances of which the supplier knew or ought to have known.
- (3) Without limiting subsection (2), the circumstances that the court must consider include the following:
- that the supplier subjected the consumer or guarantor to undue pressure to enter into the consumer transaction;
  - that the supplier took advantage of the consumer or guarantor's inability or incapacity to reasonably protect his or her own interest because of the consumer or guarantor's physical or mental infirmity, ignorance, illiteracy, age or inability to understand the character, nature or language of the consumer transaction, or any other matter related to the transaction;
  - that, at the time the consumer transaction was entered into, the total price grossly exceeded the total price at which similar subjects of similar consumer transactions were readily obtainable by similar consumers;
  - that, at the time the consumer transaction was entered into, there was no reasonable probability of full payment of the total price by the consumer;

**III. Dispositions législatives pertinentes**

[21] *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, ch. 2

[TRADUCTION]

**Nullité de la renonciation non autorisée aux droits**

- 3 Sauf dans la mesure où elle est expressément permise par la présente loi, la renonciation aux droits, avantages ou protections qui y sont prévus est nulle.

. . .

**Pratiques abusives**

- 8 (1) Une pratique abusive d'un fournisseur peut survenir avant, pendant ou après l'opération commerciale.
- (2) La cour tient compte de toutes les circonstances dont le fournisseur avait ou aurait dû avoir connaissance lorsqu'elle décide si une pratique est abusive.
- (3) Sans limiter la portée du paragraphe précédent, la cour tient compte notamment des circonstances suivantes :
- le fournisseur a exercé des pressions indues sur le consommateur ou le garant pour qu'il conclue l'opération commerciale;
  - le fournisseur a profité de l'incapacité du consommateur ou du garant de défendre raisonnablement ses intérêts du fait d'une infirmité physique ou mentale, de son ignorance, de son analphabétisme, de son âge, de son inaptitude à comprendre la nature ou le libellé de l'opération commerciale, ou de tout autre élément lié à l'opération;
  - au moment où l'opération a été conclue, le prix total était outrageusement supérieur au prix payé pour des choses similaires dans le cadre d'opérations analogues par des consommateurs semblables qui peuvent facilement les obtenir;
  - soit qu'au moment où l'opération a été conclue, il était raisonnablement improbable que le consommateur paie le prix total;

- (e) that the terms or conditions on, or subject to, which the consumer entered into the consumer transaction were so harsh or adverse to the consumer as to be inequitable;
- (f) a prescribed circumstance.

- e) les conditions auxquelles le consommateur a conclu l'opération commerciale étaient si sévères ou contraires à ses intérêts qu'elles sont injustes;
- f) une circonstance prévue par la loi.

. . .

. . .

### Damages recoverable

**171** (1) Subject to subsection (2), if a person, other than a person referred to in paragraphs (a) to (e), has suffered damage or loss due to a contravention of this Act or the regulations, the person who suffered damage or loss may bring an action against a

- (a) supplier,
- (b) reporting agency, as defined in section 106 [definitions],
- (c) collector, as defined in section 113 [definitions],
- (d) bailiff, collection agent or debt pooler, as defined in section 125 [definitions], or
- (e) a person required to hold a licence under Part 9 [Licences]

who engaged in or acquiesced in the contravention that caused the damage or loss.

. . .

### Court actions respecting consumer transactions

**172** (1) The director or a person other than a supplier, whether or not the person bringing the action has a special interest or any interest under this Act or is affected by a consumer transaction that gives rise to the action, may bring an action in Supreme Court for one or both of the following:

- (a) a declaration that an act or practice engaged in or about to be engaged in by a supplier in respect of a consumer transaction contravenes this Act or the regulations;

### Domages-intérêts

**171** (1) Sous réserve du paragraphe (2), la personne, autre qu'une personne visée aux alinéas a) à e), qui a subi un préjudice ou une perte en raison d'une infraction à la présente loi ou à ses règlements, peut intenter une action contre :

- a) le fournisseur,
- b) une agence d'évaluation de crédit, au sens de l'article 106 [définitions],
- c) un collecteur, au sens de l'article 113 [définitions],
- d) un huissier, un agent de recouvrement ou un administrateur de dettes, au sens de l'article 125 [définitions],
- e) une personne tenue de détenir une licence sous le régime de la partie 9 [Licences]

qui a commis l'infraction ayant causé le préjudice ou la perte ou qui y a acquiescé.

. . .

### Recours judiciaires relatifs à des opérations commerciales

**172** (1) Le directeur ou une personne autre qu'un fournisseur — que cette personne ait ou non un intérêt, particulier ou autre, à faire valoir sous le régime de la présente loi ou qu'elle soit ou non touchée par l'opération commerciale à l'origine du litige — peut intenter une action devant la Cour suprême en vue d'obtenir :

- a) un jugement déclarant qu'un acte commis par un fournisseur, ou sur le point de l'être, ou une pratique qu'il utilise, ou est sur le point d'utiliser, en ce qui concerne une opération commerciale contrevient à la présente loi ou à ses règlements;

- (b) an interim or permanent injunction restraining a supplier from contravening this Act or the regulations.
- . . .
- (3) If the court grants relief under subsection (1), the court may order one or more of the following:
- (a) that the supplier restore to any person any money or other property or thing, in which the person has an interest, that may have been acquired because of a contravention of this Act or the regulations;
- (b) if the action is brought by the director, that the supplier pay to the director the actual costs, or a reasonable proportion of the costs, of the inspection of the supplier conducted under this Act;
- (c) that the supplier advertise to the public in a manner that will assure prompt and reasonable communication to consumers, and on terms or conditions that the court considers reasonable, particulars of any judgment, declaration, order or injunction granted against the supplier under this section.
- b) une injonction provisoire ou permanente interdisant au fournisseur de contrevenir à la présente loi ou à ses règlements.
- . . .
- (3) Si la Cour accueille l'action sous le régime du paragraphe (1), elle peut ordonner
- a) que le fournisseur restitue à une personne les sommes ou autres biens ou choses, à l'égard desquels cette personne a un intérêt, et qui peuvent avoir été obtenus par suite d'une contravention à la présente loi ou à ses règlements;
- b) si l'action est intentée par le directeur, que le fournisseur lui rembourse la totalité ou une partie raisonnable des frais engagés pour soumettre le fournisseur à une inspection sous le régime de la présente loi;
- c) que le fournisseur informe le public, de manière efficace et rapide et suivant les modalités que la cour estime raisonnables, du contenu de tout jugement, jugement déclaratoire, ordonnance ou injonction prononcé contre le fournisseur sous le régime du présent article.

*Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55*Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 55

## [TRADUCTION]

- 15 (1) If a party to an arbitration agreement commences legal proceedings in a court against another party to the agreement in respect of a matter agreed to be submitted to arbitration, a party to the legal proceedings may apply, before or after entering an appearance and before delivery of any pleadings or taking any other step in the proceedings, to that court to stay the legal proceedings.
- (2) In an application under subsection (1), the court must make an order staying the legal proceedings unless it determines that the arbitration agreement is void, inoperative or incapable of being performed.
- . . .
- 22 (1) Unless the parties to an arbitration otherwise agree, the rules of the British Columbia
- 15 (1) Si une partie à une convention d'arbitrage intente contre une autre partie à la convention une action relative à une question qui, suivant cette convention, devait être soumise à l'arbitrage, une partie à l'instance peut, avant ou après avoir comparu et avant d'avoir déposé des actes de procédure ou autrement agi dans l'instance, demander au tribunal de suspendre l'instance.
- (2) Le tribunal saisi de la demande visée au paragraphe (1) suspend l'instance à moins qu'il ne constate que la convention d'arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.
- . . .
- 22 (1) Sauf entente contraire des parties à l'arbitrage, les règles du British Columbia International

International Commercial Arbitration Centre for the conduct of domestic commercial arbitrations apply to that arbitration.

- (2) If the rules referred to in subsection (1) are inconsistent with or contrary to the provisions in an enactment governing an arbitration to which this Act applies, the provisions of that enactment prevail.
- (3) If the rules referred to in subsection (1) are inconsistent with or contrary to this Act, this Act prevails.

*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50

- 4 (1) The court must certify a proceeding as a class proceeding on an application under section 2 or 3 if all of the following requirements are met:
- (a) the pleadings disclose a cause of action;
  - (b) there is an identifiable class of 2 or more persons;
  - (c) the claims of the class members raise common issues, whether or not those common issues predominate over issues affecting only individual members;
  - (d) a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues;
  - (e) there is a representative plaintiff who
    - (i) would fairly and adequately represent the interests of the class,
    - (ii) has produced a plan for the proceeding that sets out a workable method of advancing the proceeding on behalf of the class and of notifying class members of the proceeding, and
    - (iii) does not have, on the common issues, an interest that is in conflict with the interests of other class members.
- (2) In determining whether a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues,

Commercial Arbitration Centre relatives à la conduite des arbitrages commerciaux internes s'appliquent à l'arbitrage.

- (2) Si les règles visées au paragraphe (1) sont incompatibles avec les dispositions d'une loi régissant un arbitrage visé par la présente loi, ou sont contraires à celles-ci, les dispositions de la loi régissant l'arbitrage s'appliquent.
- (3) Si les règles visées au paragraphe (1) sont incompatibles avec la présente loi ou contraires à celle-ci, cette dernière s'applique.

*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50

[TRADUCTION]

- 4 (1) Le tribunal saisi d'une demande visée à l'article 2 ou 3 certifie qu'il s'agit d'un recours collectif si les conditions suivantes sont réunies :
- a) les actes de procédure révèlent une cause d'action;
  - b) il existe un groupe identifiable de 2 personnes ou plus;
  - c) les demandes des membres du groupe soulèvent des questions communes, que ces questions communes prévalent ou non sur les questions touchant uniquement les membres pris individuellement;
  - d) le recours collectif est la meilleure procédure pour le règlement juste et efficace des questions communes;
  - e) il y a un représentant des demandeurs qui :
    - (i) représenterait de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe,
    - (ii) a préparé un plan pour l'instance qui propose un moyen efficace de faire avancer l'instance au nom du groupe et d'aviser les membres du groupe de l'instance,
    - (iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les questions communes du groupe.
- (2) Pour déterminer si le recours collectif est la meilleure procédure pour le règlement juste et efficace des questions communes, le tribunal

the court must consider all relevant matters including the following:

- (a) whether questions of fact or law common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members;
- (b) whether a significant number of the members of the class have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate actions;
- (c) whether the class proceeding would involve claims that are or have been the subject of any other proceedings;
- (d) whether other means of resolving the claims are less practical or less efficient;
- (e) whether the administration of the class proceeding would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means.

examine toutes les questions pertinentes, notamment les questions suivantes :

- a) si les questions de fait ou de droit communes aux membres du groupe prévalent sur les questions touchant uniquement les membres pris individuellement;
- b) si un nombre important de membres du groupe ont valablement intérêt à mener individuellement la poursuite d'une action distincte;
- c) si le recours collectif comporte des demandes faisant ou ayant fait l'objet d'autres instances;
- d) si les autres moyens de résoudre les demandes sont moins pratiques ou moins efficaces;
- e) si l'administration du recours collectif créerait ou non des difficultés plus grandes que celles qui surviendront vraisemblablement dans le cas où la réparation est sollicitée par d'autres moyens.

13 The court may at any time stay any proceeding related to the class proceeding on the terms the court considers appropriate.

British Columbia International Commercial Arbitration Centre's *Domestic Commercial Arbitration Rules of Procedure*, as amended June 1, 1998 ("BCICAC Rules")

## 20. Jurisdiction

- (1) The arbitration tribunal may rule on its own jurisdiction, including ruling on any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement.
- (2) A decision by the arbitration tribunal that the contract is null and void shall not entail the invalidity of the arbitration clause unless specifically found to be so by the arbitration tribunal.
- (3) Any objection to the jurisdiction of the arbitration tribunal to consider a claim or counter-claim shall be raised in the statement of defense or statement of defense to counter-claim. The tribunal may consider a late objection if it regards the delay justified.

13 Le tribunal peut à tout moment, aux conditions qu'il estime appropriées, suspendre une instance connexe au recours collectif.

*Domestic Commercial Arbitration Rules of Procedure* du British Columbia International Commercial Arbitration Centre, modifiées le 1<sup>er</sup> juin 1998 (« règles du BCICAC »)

[TRADUCTION]

## 20. Compétence

- (1) Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage.
- (2) La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas la nullité de la clause compromissoire, mais celle-ci peut faire l'objet d'une déclaration expresse de nullité.
- (3) Toute objection visant à contester la compétence du tribunal arbitral à l'égard d'une action ou d'une demande reconventionnelle doit être soulevée dans la défense initiale ou la défense produite en réponse à la demande reconventionnelle. Le tribunal peut examiner une objection formulée tardivement s'il estime que le retard est justifié.

(4) A party is not precluded from raising a jurisdictional plea by the fact that it has appointed or participated in the appointment of an arbitrator.

#### IV. Analysis

[22] The underlying issue in this appeal is access to justice. Each of the disputants claims to be its supporter. Mediation and arbitration, TELUS says, reflect the values of freedom of contract and the autonomy of individuals to order their affairs as they see fit. A consumer can press an individual complaint which would not be worthwhile to pursue under the more costly proceedings of a court.

[23] The virtues of commercial arbitration have been recognized and indeed welcomed by our Court in a series of recent decisions mainly from Quebec, including not only *Dell* and *Rogers Wireless*, but also *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401; and *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 SCC 17, [2003] 1 S.C.R. 178. See also, S. Thuilleaux, *L'arbitrage commercial au Québec: Droit interne — Droit international privé* (1991), at p. 5, and F. Bachand, “Should No-Class Action Arbitration Clauses Be Enforced?”, in A. W. Rovine, ed., *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2008* (2009), 153, at p. 162.

[24] Nevertheless, from the perspective of the *BPCPA*, “private, confidential and binding arbitration” will almost certainly inhibit rather than promote wide publicity (and thus deterrence) of deceptive and/or unconscionable commercial conduct. It is clearly open to a legislature to utilize private consumers as effective enforcement partners operating independently of the formal enforcement bureaucracy and to conclude that the most effective form is not a “private and confidential” alternative dispute resolution behind closed doors, but very public and well-publicized proceedings in a court of law.

(4) Le fait pour une partie d’avoir désigné un arbitre ou d’avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de contester la compétence du tribunal arbitral.

#### IV. Analyse

[22] L'accès à la justice constitue la question fondamentale dans le présent pourvoi. Tant l'appelante que l'intimée prétendent en être les défenseurs. Selon TELUS, la médiation et l'arbitrage traduisent les valeurs que représentent la liberté contractuelle et la liberté des individus d'organiser leurs affaires comme ils l'entendent. Un consommateur peut poursuivre une plainte qui ne justifierait pas une procédure judiciaire plus coûteuse.

[23] Les avantages de l'arbitrage commercial ont été reconnus et accueillis favorablement par notre Cour dans une série d'arrêts récents concernant surtout des affaires québécoises, non seulement dans *Dell* et *Rogers Sans-fil*, mais également dans *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178. Voir également S. Thuilleaux, *L'arbitrage commercial au Québec : Droit interne — Droit international privé* (1991), p. 5, et F. Bachand, « Should No-Class Action Arbitration Clauses Be Enforced? », dans A. W. Rovine, dir., *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation : The Fordham Papers 2008* (2009), 153, p. 162.

[24] Néanmoins, du point de vue de la *BPCPA*, il ne fait guère de doute que l'[TRADUCTION] « arbitrage privé, confidentiel et final » freinera au lieu de favoriser la publicité à grande échelle visant les pratiques de commerce trompeuses ou abusives (et, par conséquent, la prévention de celles-ci). Il est manifestement loisible à une législature de faire appel à des consommateurs en qualité de partenaires compétents en matière d'application de la loi, qui agissent de manière autonome par rapport à l'appareil bureaucratique officiel dans ce domaine, et de juger que la meilleure solution réside non pas dans un règlement alternatif des différends « privé et confidentiel » derrière des portes closes, mais dans une procédure judiciaire éminemment publique et très médiatisée.



[25] Leaving aside British Columbia for a moment, a number of other provincial legislatures have intervened in the marketplace with greater or lesser limitations on arbitration clauses in consumer contracts. See, e.g.: in Quebec, *An Act to amend the Consumer Protection Act and the Act respecting the collection of certain debts*, S.Q. 2006, c. 56, s. 2; in Ontario, the *Consumer Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 30, Sch. A, ss. 7, 8 and 100; and in Alberta, the *Fair Trading Act*, R.S.A. 2000, c. F-2, which in s. 16 subjects consumer arbitration clauses to ministerial approval.

[26] This case requires the Court to determine, in short, whether, as a matter of statutory interpretation, s. 172 of the *BPCPA* contains such a limitation and, if so, its extent and effect on Ms. Seidel's action. In addition, we need to address the procedural issue of whether these questions ought to be decided in the first instance by the court or an arbitrator.

*A. The Principle of Competence-Competence Must Be Respected*

[27] It is convenient to deal first with the procedural issue.

[28] British Columbia has adopted the competence-competence principle through the combined operation of s. 22 of the *CAA* and Rule 20(2) of the *BCICAC Rules* which in turn reflect the provisions of the *New York Convention and Model Law*. As such, “[t]he jurisdiction to determine jurisdiction is given to the arbitral tribunal by statute, as well as by the rules of arbitration used by most institutions”: see J. B. Casey and J. Mills, *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure* (2005), at p. 147.

[29] I agree with my colleagues LeBel and Deschamps J.J. (at para. 114) that in these circumstances, absent legislated exception, any challenge to an arbitrator's jurisdiction over Ms. Seidel's dispute with TELUS should first be determined by the arbitrator, unless the challenge involves a pure

[25] Laisant momentanément de côté la Colombie-Britannique, signalons que plusieurs autres provinces sont intervenues dans les rapports commerciaux en assujettissant les clauses d'arbitrage figurant dans les contrats de consommation à des restrictions plus ou moins importantes, notamment le Québec dans la *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, L.Q. 2006, ch. 56, à l'art. 2, l'Ontario dans la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, ch. 30, ann. A, aux art. 7, 8 et 100, et l'Alberta dans la *Fair Trading Act*, R.S.A. 2000, ch. F-2, à l'art. 16 qui soumet les clauses d'arbitrage à l'approbation du ministre.

[26] Pour résumer, il appartient à la Cour de déterminer en l'espèce si, selon les règles d'interprétation législative, l'art. 172 de la *BPCPA* contient une restriction de cette nature et, dans l'affirmative, quelle en est la portée et l'effet sur l'action de M<sup>me</sup> Seidel. Nous devons aussi décider, sur le plan procédural, qui, de la cour ou de l'arbitre, doit être le premier à trancher ces questions.

*A. Il faut respecter le principe de compétence-compétence*

[27] Il est utile d'examiner d'abord la question procédurale.

[28] La Colombie-Britannique a adopté le principe de compétence-compétence au moyen de l'application conjointe de l'art. 22 de la *CAA* et du par. 20(2) des règles du *BCICAC*, des dispositions analogues à celles de la *Convention de New York* et de la *Loi type*. Par conséquent, [TRADUCTION] « [l]a loi et les règles d'arbitrage de la plupart des institutions accordent au tribunal arbitral le pouvoir d'établir la juridiction compétente » : voir J. B. Casey et J. Mills, *Arbitration Law of Canada : Practice and Procedure* (2005), p. 147.

[29] Je suis d'accord avec mes collègues les juges LeBel et Deschamps (par. 114) pour dire que, dans ces circonstances, sauf exception établie par le législateur, toute contestation de la compétence de l'arbitre sur le litige opposant M<sup>me</sup> Seidel à TELUS devrait d'abord être tranchée par l'arbitre, à moins

question of law, or one of mixed fact and law that requires for its disposition “only superficial consideration of the documentary evidence in the record” (*Dell*, at para. 85). See also, *Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 SCC 40, [2003] 2 S.C.R. 63, at paras. 37-38.

[30] Whether or not s. 172 of the *BPCPA* has the legal effect claimed for it by Ms. Seidel was a question of law to be determined on undisputed facts. Accordingly, it was properly entertained by the Supreme Court of British Columbia in the first instance. The competence-competence principle was not violated.

**B. *The Substantive Issue: Does Section 172 of the BPCPA Override the Mediation/Arbitration Provision in a Consumer Contract?***

[31] For practical purposes, the answer to this question turns on whether the waiver contained in the TELUS arbitration clause is rendered null and void by s. 3 of the *BPCPA*, which, for convenience, I reproduce again:

**3** Any waiver or release by a person of the person’s rights, benefits or protections under this Act is void except to the extent that the waiver or release is expressly permitted by this Act.

I interpret this clause to mean that to the extent the arbitration clause purports to take away a right, benefit or protection conferred by the *BPCPA*, it will be invalid, and to that extent, Ms. Seidel will retain her individual cause of action under the *BPCPA* in the Supreme Court of British Columbia. If the arbitration clause is thus rendered invalid, the stay provisions of the *CAA* will not assist TELUS. However, the statutory right to bring an action in the Supreme Court of British Columbia appears only in s. 172. As explained earlier, Ms. Seidel’s statement of claim contains a variety of different assertions and claims invoking different statutes and causes of action. It is only to the extent that she can bring her case within s. 172 of the *BPCPA* that the legislative override in s. 3 will extricate her

que la contestation ne fasse intervenir une pure question de droit ou une question mixte de fait et de droit n’impliquant « qu’un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier » (*Dell*, par. 85). Voir aussi *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 CSC 40, [2003] 2 R.C.S. 63, par. 37-38.

[30] L’effet juridique attribué à l’art. 172 de la *BPCPA* par M<sup>me</sup> Seidel est une question de droit qu’il fallait trancher en fonction des faits non contestés. C’est donc à juste titre que la Cour suprême de la Colombie-Britannique a été la première à connaître de cette question. Le principe de compétence-compétence n’a donc pas été violé.

**B. *La question de fond : l’art. 172 de la BPCPA l’emporte-t-il sur la disposition d’un contrat de consommation relative à la médiation et à l’arbitrage?***

[31] Dans la pratique, il faut, pour répondre à cette question, déterminer si la renonciation figurant dans la clause d’arbitrage de TELUS est nulle selon l’art. 3 de la *BPCPA*, que je reproduis à nouveau ci-dessous par souci de commodité :

[TRADUCTION]

**3** Sauf dans la mesure où elle est expressément permise par la présente loi, la renonciation aux droits, avantages ou protections qui y sont prévus est nulle.

Selon moi, cette disposition signifie que, dans la mesure où elle vise à retirer des droits, avantages ou protections accordés par la *BPCPA*, la clause d’arbitrage est invalide, et, dans cette mesure, M<sup>me</sup> Seidel conserve son recours individuel sous le régime de la *BPCPA* devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Si la clause d’arbitrage est ainsi déclarée invalide, les dispositions de la *CAA* relatives à la suspension d’instance ne sont d’aucun secours pour TELUS. Toutefois, le droit légal d’intenter une poursuite devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique n’est prévu qu’à l’art. 172. Comme nous l’avons vu, la déclaration de M<sup>me</sup> Seidel contient diverses prétentions et demandes fondées sur différentes lois et causes d’action. Ce n’est que dans la mesure où son recours se fonde

from the arbitration clause to which she agreed in the TELUS contract.

(1) The “Rights, Benefits or Protections” Conferred by Section 172

[32] For ease of reference, I reproduce again the language of s. 172. It is headed “Court actions respecting consumer transactions”. It is clearly framed to encourage *private* enforcement in the *public* interest:

**Court actions respecting consumer transactions**

172 (1) The director or a person other than a supplier, whether or not the person bringing the action has a special interest or any interest under this Act or is affected by a consumer transaction that gives rise to the action, may bring an action in Supreme Court for one or both of the following:

- (a) a declaration that an act or practice engaged in or about to be engaged in by a supplier in respect of a consumer transaction contravenes this Act or the regulations;
- (b) an interim or permanent injunction restraining a supplier from contravening this Act or the regulations.

(3) If the court grants relief under subsection (1), the court may order one or more of the following:

- (a) that the supplier restore to any person any money or other property or thing, in which the person has an interest, that may have been acquired because of a contravention of this Act or the regulations;
- (b) if the action is brought by the director, that the supplier pay to the director the actual costs, or a reasonable proportion of

sur l’art. 172 de la *BPCPA* que la disposition dérogatoire de l’art. 3 lui permettra d’échapper à la clause d’arbitrage à laquelle elle a consenti dans le contrat conclu avec TELUS.

(1) Les « droits, avantages ou protections » conférés par l’art. 172

[32] Pour plus de commodité, je reproduis de nouveau l’art. 172. Il est intitulé [TRADUCTION] « Recours judiciaires relatifs à des opérations commerciales ». Il vise de toute évidence à encourager les recours d’initiative *privée* dans l’intérêt *public* :

[TRADUCTION]

**Recours judiciaires relatifs à des opérations commerciales**

172 (1) Le directeur ou une personne autre qu’un fournisseur — que cette personne ait ou non un intérêt, particulier ou autre, à faire valoir sous le régime de la présente loi ou qu’elle soit ou non touchée par l’opération commerciale à l’origine du litige — peut intenter une action devant la Cour suprême en vue d’obtenir :

- a) un jugement déclarant qu’un acte commis par un fournisseur, ou sur le point de l’être, ou une pratique qu’il utilise, ou est sur le point d’utiliser, en ce qui concerne une opération commerciale contrevient à la présente loi ou à ses règlements;
- b) une injonction provisoire ou permanente interdisant au fournisseur de contrevenir à la présente loi ou à ses règlements.

(3) Si la cour accueille l’action sous le régime du paragraphe (1), elle peut ordonner

- a) que le fournisseur restitue à une personne les sommes ou autres biens ou choses, à l’égard desquels cette personne a un intérêt, et qui peuvent avoir été obtenus par suite d’une contravention à la présente loi ou à ses règlements;
- b) si l’action est intentée par le directeur, que le fournisseur lui rembourse la totalité ou une partie raisonnable des frais engagés

the costs, of the inspection of the supplier conducted under this Act;

- (c) that the supplier advertise to the public in a manner that will assure prompt and reasonable communication to consumers, and on terms or conditions that the court considers reasonable, particulars of any judgment, declaration, order or injunction granted against the supplier under this section.

It will be noted that whereas s. 171 damages may only be sought by “the person who suffered damage”, a s. 172 claim may be initiated by virtually anyone (“a person other than a supplier, whether or not the person bringing the action has a special interest or any interest under this Act or is affected by a consumer transaction that gives rise to the action”). The fact that such persons do not necessarily act in their personal interest (as they don’t need to have any) emphasizes the *public* interest nature of the s. 172 remedy. Opening the door to private enforcement in the public interest vastly increases the potential effectiveness of the Act and thereby promotes adherence to the consumer standards set out therein. The legislature clearly intended the Supreme Court to be able to enjoin a supplier guilty of infractions of the *BPCPA* from practicing the offending conduct against any consumer (orders which only courts can issue), rather than just in relation to a particular complainant (as in a “private” and “confidential” arbitration created by private contract).

(2) A Proper Interpretation of Section 172 of the BPCPA Must Be Approached Textually, Contextually and Purposively

[33] The text of the statute favours Ms. Seidel’s interpretation. The operative language of s. 3 (“rights, benefits or protections”) is all-encompassing. TELUS argues (and my colleagues LeBel and Deschamps JJ. agree, at para. 136) that

pour soumettre le fournisseur à une inspection sous le régime de la présente loi;

- c) que le fournisseur informe le public, de manière efficace et rapide et suivant les modalités que la cour estime raisonnables, du contenu de tout jugement, jugement déclaratoire, ordonnance ou injonction prononcé contre le fournisseur sous le régime du présent article.

Il convient de souligner que le recours en dommages-intérêts de l’art. 171 ne peut être intenté que par [TRADUCTION] « la personne [. . .] qui a subi un préjudice », alors que le recours de l’art. 172 peut être exercé par pratiquement toute personne ([TRADUCTION] « une personne autre qu’un fournisseur — que cette personne ait ou non un intérêt, particulier ou autre, à faire valoir sous le régime de la présente loi ou qu’elle soit ou non touchée par l’opération commerciale à l’origine du litige »). Le fait que ces personnes n’agissent pas nécessairement dans leur intérêt personnel (vu l’absence d’exigence à cet égard) fait ressortir ce qu’est le recours prévu à l’art. 172 : une mesure d’intérêt *public*. En ouvrant la porte à l’intervention de poursuivants privés dans l’intérêt public, on augmente considérablement l’efficacité potentielle de la Loi, ce qui favorise le respect des normes qu’elle établit en vue de protéger les consommateurs. La législature a de toute évidence voulu qu’il soit loisible à la Cour suprême d’empêcher les fournisseurs ayant contrevenu à la *BPCPA* de faire subir à quelque consommateur que ce soit le comportement fautif reproché (ce type d’ordonnance étant du ressort exclusif des tribunaux judiciaires) plutôt que de restreindre la partie de l’interdiction à un plaignant en particulier (comme dans le cas d’un arbitrage « privé » et « confidentiel » prévu par contrat privé).

(2) Il faut interpréter l’art. 172 de la BPCPA de manière textuelle, contextuelle et téléologique

[33] Le libellé de la loi favorise l’interprétation de M<sup>me</sup> Seidel. Les termes performatifs de l’art. 3 ([TRADUCTION] « droits, avantages ou protections ») ont une portée large et générale. TELUS soutient (ce à quoi souscrivent mes collègues les

the s. 172 right to “bring an action in Supreme Court” is merely procedural. With respect, this characterization is of no assistance to TELUS. Whether procedural or substantive, it is indubitably a “righ[t]” or “benefi[t]” conferred by the statute. If the legislature had intended to draw distinctions between procedural and substantive “rights, benefits or protections” in s. 3 of the *BPCPA*, it could easily have done so, but it chose not to. Ms. Seidel possesses a statutory “right” to take her complaint to the Supreme Court. My colleagues LeBel and Deschamps JJ. read down the expression “rights, benefits or protections” to exclude procedural rights. I can find no justification for modifying the legislation in this way.

[34] My colleagues then focus on the word “may” appearing in s. 172 where it provides that an individual “may bring an action in Supreme Court”. This shows, they say, that “the Supreme Court is not intended to be the only forum in which these remedies can be sought” (para. 154). With respect, the word “may” simply indicates the obvious intention that an individual (particularly one without “any interest” in a consumer transaction) has the option to complain or not to complain. How could it be mandatory? However, the statutory point is that *if* a s. 172 action is taken, it must be taken in the Supreme Court.

[35] The internal structure of s. 172 also shows that the B.C. legislature was well aware that, in the consumer context, declarations and injunctions are the most efficient remedies in terms of protection of the interest of the broader public of consumers and deterrence of wrongful supplier conduct. Damages are often a less important form of relief considering the small amounts of money at stake. Thus, in s. 172, an order to “restore” money or property is framed as secondary relief that is contingent on the plaintiff first obtaining a declaration or injunction that, unlike an arbitral award, would

judges LeBel et Deschamps — voir le par. 136 de leurs motifs) que le droit d’[TRADUCTION] « intentionner une action devant la Cour suprême », prévu à l’art. 172, est uniquement un droit procédural. Avec égards, cette qualification n’est d’aucun secours pour TELUS. Peu importe sa nature — procédurale ou substantielle —, il s’agit indubitablement d’un « droi[t] » ou « avantag[e] » conféré par la loi. Si la législature avait eu l’intention d’établir à l’art. 3 de la *BPCPA* des distinctions entre les « droits, avantages ou protections » procéduraux et ceux de nature substantielle, elle aurait très bien pu le faire, mais ce n’est pas la voie qu’elle a choisie. La loi accorde à M<sup>me</sup> Seidel le « droit » de déposer sa plainte à la Cour suprême. Mes collègues les juges LeBel et Deschamps ont atténué le sens de l’expression « droits, avantages ou protections » de façon à en exclure les droits procéduraux. Je ne vois aucune raison de modifier ainsi la *BPCPA*.

[34] Mes collègues s’arrêtent ensuite au mot « peut » figurant à l’art. 172, lequel prévoit qu’une personne [TRADUCTION] « peut intentionner une action devant la Cour suprême ». À leur avis, cela démontre « l’intention de ne pas attribuer seulement à la Cour suprême le pouvoir d’attribuer les réparations en question » (par. 154). Avec égards, « peut » indique simplement l’intention évidente de laisser à quelqu’un (en particulier une personne non touchée par une opération commerciale) le choix de se plaindre ou non. En quoi cela pourrait-il constituer une obligation? Mais la chose à retenir sur le plan législatif est que, s’il faut intentionner une action fondée sur l’art. 172, il faut l’intentionner devant la Cour suprême.

[35] Il ressort également de la structure de l’art. 172 que la législature de la C.-B. savait fort bien qu’en matière de consommation, les jugements déclaratoires et les injonctions sont les recours les plus efficaces pour défendre les intérêts des consommateurs en général et dissuader les fournisseurs de commettre des actes fautifs. Dans bien des cas, l’octroi de dommages-intérêts est une forme moins utile de réparation compte tenu des faibles sommes en jeu. Ainsi, à l’art. 172, l’ordonnance enjoignant au fournisseur de [TRADUCTION] « restitu[er] » des sommes d’argent ou des biens est

be broadcast to the marketplace generally with full supporting reasons. On this point, my colleagues argue (at para. 152) that an arbitrator could make an order that “would fulfill the public purpose” of the *BPCPA* provision authorizing a superior court to order the supplier to

advertise to the public in a manner that will assure prompt and reasonable communication to consumers, and on terms or conditions that the court considers reasonable, particulars of any judgment, declaration, order or injunction granted against the supplier under this section. [s. 172(3)(c)]

While the validity of such a hypothetical order is not before us, I think that TELUS would have a legitimate objection. It is true that arbitrators in B.C. have fairly broad remedial powers, but it is equally true that in the exercise of those powers the arbitrator would have to respect the parties’ contractual agreement that the arbitration be “private” and “confidential”. (Indeed my colleagues’ entire argument is said to be based on respect for the intention of the parties.) I doubt that Ms. Seidel or TELUS would be free to turn a private and confidential arbitration into a public denunciation of the other under the guise of enforcement proceedings. The arbitrator is not a court and the parties are constrained by contract not to treat it like one.

[36] As to the statutory context, s. 172 stands out as a public interest remedy (i.e. it is available whether or not the self-appointed plaintiff “is affected by a consumer transaction that gives rise to the action”) as compared with s. 171 (where the plaintiff must be “the person who suffered damage or loss”). The difference in the personal stake (or lack of it) required of a plaintiff is scarcely accidental. Section 171 confers a private cause of action. Section 172 treats the plaintiff as a public interest plaintiff intended to shine a spotlight on allegations of shabby corporate conduct, and the legislative intent thereby manifested should be respected by the court. This appeal falls to be determined on

une mesure accessoire conditionnelle à ce que le demandeur ait obtenu un jugement déclaratoire ou une injonction qui, contrairement à une décision arbitrale, serait exposé sur la place publique avec motifs exhaustifs à l’appui. Sur ce point, mes collègues affirment (par. 152) qu’un arbitre peut rendre une ordonnance qui « remplirait l’objectif d’ordre public » de la disposition de la *BPCPA* autorisant une cour supérieure à enjoindre au fournisseur

[TRADUCTION] [d’informer] le public, de manière efficace et rapide et suivant les modalités que la cour estime raisonnables, du contenu de tout jugement, jugement déclaratoire, ordonnance ou injonction prononcé contre le fournisseur sous le régime du présent article. [al. 172(3)c)]

Bien que notre Cour ne soit pas saisie de la validité d’une pareille ordonnance éventuelle, je crois que TELUS aurait un motif légitime de s’y opposer. Certes, les arbitres de la C.-B. disposent de pouvoirs de réparation assez larges, mais il est aussi vrai que, dans l’exercice de ces pouvoirs, l’arbitre est tenu de respecter l’entente contractuelle intervenue entre les parties quant au caractère « privé » et « confidentiel » de l’arbitrage. (En fait, toute la thèse de mes collègues repose censément sur le respect de l’intention des parties.) Je doute qu’il soit loisible à M<sup>me</sup> Seidel ou à TELUS de transformer un arbitrage privé et confidentiel en une dénonciation publique de l’autre partie sous le couvert d’une procédure d’exécution. L’arbitre n’est point une cour de justice, et le contrat interdit aux parties de le traiter comme tel.

[36] Pour ce qui est du contexte législatif, l’art. 172 est une mesure d’intérêt public (qui s’applique, que la personne qui s’autoproclame partie demanderesse soit ou non [TRADUCTION] « touchée par l’opération commerciale à l’origine du litige ») alors qu’il n’en est pas ainsi de l’art. 171 (selon lequel la partie demanderesse doit être [TRADUCTION] « la personne [. . .] qui a subi un préjudice ou une perte »). La différence concernant l’intérêt personnel (ou l’absence d’intérêt personnel) que doit avoir le demandeur n’est guère le fruit du hasard. L’article 171 confère un droit d’action privé. Pour sa part, l’art. 172 considère le demandeur comme un défenseur de l’intérêt public cherchant à braquer

the meaning of s. 172 of the *BPCPA*, not on general theories of the desirability of commercial arbitration.

[37] As to statutory purpose, the *BPCPA* is all about consumer protection. As such, its terms should be interpreted generously in favour of consumers: *Smith v. Co-operators General Insurance Co.*, 2002 SCC 30, [2002] 2 S.C.R. 129, and *ACS Public Sector Solutions Inc. v. Courthouse Technologies Ltd.*, 2005 BCCA 605, 48 B.C.L.R. (4th) 328. The policy objectives of s. 172 would not be well served by low-profile, private and confidential arbitrations where consumers of a particular product may have little opportunity to connect with other consumers who may share their experience and complaints and seek vindication through a well-publicized court action.

(3) Private Arbitration Is Antithetical to Achievement of the Purposes of Section 172

[38] Casting the legislative purpose still more broadly, the usual rationales for private arbitration are quite incompatible with achieving s. 172's objective. At the same time, private arbitration would be of considerable benefit to TELUS, i.e., "[t]here are real advantages to be gleaned from an arbitration agreement which guarantees confidentiality of the proceeding, avoids the dispute getting into the public domain, and ensures that sensitive information or harmful precedents remain confidential" (W. J. Earle, *Drafting ADR and Arbitration Clauses for Commercial Contracts* (loose-leaf), at pp. 2-13 to 2-14). Each one of these objectives — confidentiality, lack of precedential value and avoiding "the dispute getting into the public domain" — makes perfect sense from the perspective of TELUS, but equally each of them undermines the effectiveness of s. 172 of the *BPCPA*.

les projecteurs sur des allégations de mauvaise conduite commerciale, et la cour doit respecter l'intention exprimée par le législateur à cet article. L'issue du présent pourvoi repose sur le sens de l'art. 172 de la *BPCPA*, et non sur des hypothèses générales relatives à l'opportunité de l'arbitrage commercial.

[37] Quant à l'objectif de la *BPCPA*, cette dernière vise uniquement à assurer la protection des consommateurs. Elle commande donc une interprétation libérale favorable aux consommateurs : *Smith c. Cie d'assurance générale Co-operators*, 2002 CSC 30, [2002] 2 R.C.S. 129, et *ACS Public Sector Solutions Inc. c. Courthouse Technologies Ltd.*, 2005 BCCA 605, 48 B.C.L.R. (4th) 328. L'arbitrage discret, privé et confidentiel est susceptible de nuire aux objectifs de politique générale de l'art. 172 puisque les consommateurs d'un produit donné ont peu de possibilité de rejoindre d'autres consommateurs pour partager leur expérience et leurs doléances, et obtenir réparation dans le cadre d'une action en justice très médiatisée.

(3) L'arbitrage privé contrecarre l'atteinte des objectifs de l'art. 172

[38] Lorsque nous considérons l'objectif législatif sous un angle encore plus général, nous constatons que les raisons habituellement invoquées pour justifier les arbitrages privés sont plutôt incompatibles avec l'atteinte de l'objet de l'art. 172. Par contre, les arbitrages privés sont fort avantageux pour TELUS. Par exemple, [TRADUCTION] « [d]e réels avantages découlent d'une convention d'arbitrage qui garantit la confidentialité du processus, évite que le différend soit rendu public et assure la confidentialité des renseignements délicats ou des précédents nuisibles » (W. J. Earle, *Drafting ADR and Arbitration Clauses for Commercial Contracts* (feuilles mobiles), p. 2-13 à 2-14). Tous les objectifs susmentionnés — la confidentialité, l'absence de précédent faisant autorité et le fait d'éviter « que le différend soit rendu public » — sont tout à fait logiques du point de vue de TELUS, mais chacun d'entre eux nuit à l'application efficace de l'art. 172 de la *BPCPA*.

(4) Private Arbitration Cannot Offer the Remedies Set Out in Section 172

[39] Rule 29(1)(k) of the BCICAC Rules provides that an arbitrator may order “injunctions and other equitable remedies”. On this basis, my colleagues LeBel and Deschamps JJ. conclude that “[t]he arbitrator can therefore . . . grant the declaratory and injunctive relief sought by Ms. Seidel under ss. 172(1)(a) and (b) of the *BPCPA*” (para. 148). Yet it can hardly be denied that arbitrators, who derive their jurisdiction by virtue of the parties’ contract, cannot order relief that would bind third parties, or that only superior courts have the authority to grant declarations and injunctions enforceable against the whole world. Ms. Seidel does not seek remedies applicable only between her and TELUS but between TELUS and the whole world. Provided TELUS complied with any order in relation to Ms. Seidel, it could carry on as before in relation to TELUS customers who are not parties to the arbitration and are therefore unaffected by its outcome, just as a successful defence by TELUS against Ms. Seidel’s complaint would not create in its favour a precedent in future arbitrations raising the same or similar complaints.

[40] In summary, s. 172 offers remedies different in scope and quality from those available from an arbitrator and constitutes a legislative override of the parties’ freedom to choose arbitration. Unlike Quebec and Ontario, which have decided to ban arbitration of consumer claims altogether, or Alberta, which subjects consumer arbitration clauses to ministerial approval, the B.C. legislature sought to ensure only that certain claims proceed to the court system, leaving others to be resolved according to the agreement of the parties. It is incumbent on the courts to give effect to that legislative choice, in my view.

(4) L’arbitrage privé ne permet pas d’obtenir les réparations énoncées à l’art. 172

[39] Selon l’al. 29(1)(k) des règles du BCICAC, un arbitre peut rendre des [TRADUCTION] « injonctions et ordonner d’autres mesures de réparation reconnues en equity ». Mes collègues les juges LeBel et Deschamps concluent, pour cette raison, que « [l]’arbitre peut donc [ . . . ] prononcer le jugement déclaratoire et l’injonction sollicités par M<sup>me</sup> Seidel sur le fondement des al. 172(1)a) et b) de la *BPCPA* » (par. 148). Toutefois, il est difficile de nier que les arbitres, qui tirent leur compétence d’un contrat intervenu entre les parties à l’instance, ne peuvent prononcer une ordonnance qui lierait des tiers, ou que seules les cours supérieures de justice ont le pouvoir de prononcer des jugements déclaratoires et des injonctions exécutoires contre tous. Or, M<sup>me</sup> Seidel sollicite non pas des réparations applicables uniquement à elle et à TELUS, mais des réparations applicables à tous, y compris TELUS. Même si cette dernière se conforme à toute ordonnance rendue en ce qui concerne M<sup>me</sup> Seidel, elle peut agir comme auparavant à l’égard de ses clients qui ne sont pas parties à l’arbitrage et qui ne sont donc pas touchés par l’issue de celui-ci. Parallèlement, une décision favorable à TELUS au sujet de la plainte de M<sup>me</sup> Seidel n’aurait pas valeur de précédent dans le cas d’éventuels arbitrages portant sur cette plainte ou des plaintes semblables.

[40] En bref, l’art. 172 permet d’obtenir des réparations dont la portée et l’efficacité diffèrent de celles susceptibles d’être accordées par un arbitre et constitue une dérogation législative à la liberté des parties de choisir l’arbitrage. Contrairement aux législateurs québécois et ontarien, qui ont décidé d’interdire les arbitrages portant sur des réclamations de consommateurs, ou au législateur albertain, qui rend les clauses d’arbitrage en la matière sujettes à l’approbation du ministre, le législateur de la C.-B. a choisi de faire en sorte que seuls certains types de réclamation soient réservés aux tribunaux, et de laisser les parties s’entendre sur la manière de régler les autres. Selon moi, les tribunaux sont tenus de donner effet à ce choix législatif.



C. *This Outcome Is Not in Conflict With the Dell or Rogers Wireless Decisions of This Court*

[41] In *Dell* and its companion case *Rogers Wireless*, our Court rejected an attempt by consumers to pursue class actions in Quebec in disputes arising out of product supply contracts in the face of arbitration clauses. The outcome turned on the terms of the Quebec legislation. In *Dell*, Deschamps J. wrote for the majority: “This appeal relates to the debate over the place of arbitration in Quebec’s civil justice system” (para. 2 (emphasis added)). In particular, the issue was whether arbitration clauses in the consumer contracts were avoided by art. 3149 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64. The majority concluded that art. 3149 did not assist the consumers because it only applies “where there is a relevant foreign element that justifies resorting to the rules of Quebec private international law” (para. 12). The minority contended that art. 3149 did allow consumers to avoid arbitration because “[p]rivate arbitration proceedings, even those located in Quebec, are just as removed from Quebec’s judicial and quasi-judicial systems — and hence ‘international’ — as legal proceedings taking place in another province or country” (para. 202). *Rogers Wireless* (another Quebec case) was disposed of in accordance with *Dell*. The intricacies of the *Civil Code of Québec* are far removed from the issue in British Columbia. The Quebec legislation at the time contained no provision similar to s. 172 of the *BPCPA* directing specific statutory claims to a specific forum.

[42] For present purposes, the relevant teaching of *Dell* and *Rogers Wireless* is simply that whether and to what extent the parties’ freedom to arbitrate is limited or curtailed by legislation will depend on a close examination of the law of the forum where the irate consumers have commenced their court case. *Dell* and *Rogers Wireless* stand, as did

C. *Cette décision n’est pas incompatible avec les arrêts Dell et Rogers Sans-fil de notre Cour*

[41] Dans *Dell* et l’arrêt connexe *Rogers Sans-fil*, notre Cour a rejeté, en raison de clauses d’arbitrage, la tentative de certains consommateurs d’engager des recours collectifs au Québec dans des litiges relatifs à des contrats de fourniture de produits. L’issue de ces arrêts se fonde sur la législation québécoise. Dans *Dell*, la juge Deschamps a dit ce qui suit au nom des juges majoritaires : « [I]e présent pourvoi s’inscrit dans le cadre du débat sur la place de l’arbitrage dans le système québécois de justice civile » (par. 2 (je souligne)). Elle a indiqué qu’il s’agissait plus particulièrement de déterminer si les clauses d’arbitrage figurant dans les contrats de consommation devaient être écartées en raison de l’art. 3149 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64. La majorité a conclu que l’art. 3149 n’aide pas les consommateurs parce qu’il ne s’applique que « dans les situations comportant un élément d’extranéité pertinent qui justifie le recours aux règles du droit international privé québécois » (par. 12). Les juges minoritaires étaient d’avis que l’art. 3149 permettait effectivement aux consommateurs d’éviter l’arbitrage parce que « [I]es procédures d’arbitrage privé, même celles ayant lieu au Québec, échappent tout autant aux systèmes judiciaires et quasi-judiciaires québécois — et, partant, sont “internationales” — que les instances judiciaires se déroulant dans une autre province ou dans un autre pays » (par. 202). L’affaire *Rogers Sans-fil* (une autre affaire québécoise) a été tranchée conformément à *Dell*. Les particularités du *Code civil du Québec* n’entrent pas du tout en jeu en Colombie-Britannique. La législation québécoise de l’époque ne contenait aucune disposition analogue à l’art. 172 de la *BPCPA*, qui soumet certains recours légaux à la compétence d’un organe décisionnel particulier.

[42] Dans le contexte qui nous occupe, il faut simplement retenir de *Dell* et de *Rogers Sans-fil* que, pour déterminer si et dans quelle mesure la liberté des parties de soumettre un litige à l’arbitrage est restreinte par la loi, il faut procéder à un examen attentif de la loi de l’instance où les consommateurs mécontents ont intenté leur action. *Dell* et

*Desputeaux*, for the enforcement of arbitration clauses *absent legislative language to the contrary*.

D. *May Ms. Seidel's Section 172 Claims Proceed as a Class Action?*

[43] I have concluded that Ms. Seidel has a statutory right to assert her s. 172 right before the Supreme Court of British Columbia. The next question is whether she can proceed by way of class action, as she would like, or whether she may only proceed on an individual basis. The British Columbia courts did not reach this issue as the TELUS application for a stay was their exclusive focus, whether to deny it (as did the applications judge) or to grant it (as did the Court of Appeal).

[44] The arbitration clause, it will be remembered, speaks not only of having claims “determined by private, confidential and binding arbitration” but goes on to say that “[b]y so agreeing, [the signatories] waive any right [they] may have to commence or participate in any class action against TELUS”. An argument was raised that even if the *arbitration* aspect is invalidated by s. 3, the *concurrent waiver* of class action proceedings in the same clause remains valid and enforceable.

[45] Ms. Seidel argues that class action waivers are unconscionable in any event. Picking up on some U.S. jurisprudence, she notes that “an important number of courts, principally state courts from California and Illinois, as well as the 9th Circuit, consider pre-dispute arbitration agreements to be unconscionable, especially when they are coupled with waiver of class proceeding rights” (A.F., at para. 88). It is not necessary on this appeal to determine whether class action waivers are unconscionable (and I do not purport to do so) because in my view, as a matter of interpretation, the TELUS class action waiver is not severable from the arbitration

*Rogers Sans-fil* posent le principe, comme l’avait fait *Desputeaux*, selon lequel il y a lieu d’appliquer la clause d’arbitrage *en l’absence de disposition contraire de la loi*.

D. *Les réclamations de M<sup>me</sup> Seidel fondées sur l’art. 172 peuvent-elles prendre la forme d’un recours collectif?*

[43] J’ai conclu que la loi permet à M<sup>me</sup> Seidel de faire valoir devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique le droit que lui confère l’art. 172. Il s’agit maintenant de savoir si, comme elle le souhaite, son action peut prendre la forme d’un recours collectif ou si elle doit s’adresser individuellement à la cour. Les tribunaux de la Colombie-Britannique n’ont pas traité cette question étant donné qu’ils se sont attachés exclusivement à l’examen de la demande de suspension d’instance de TELUS, et donc de la question de savoir s’il y avait lieu (à l’instar du juge des requêtes) de la rejeter ou (à l’instar de la Cour d’appel) de l’accueillir.

[44] La clause d’arbitrage, rappelons-le, prévoit non seulement que les litiges sont [TRADUCTION] « soumis à l’arbitrage privé, confidentiel et final », mais elle ajoute qu’« [e]n acceptant ce qui précède, [les signataires] renonce[nt] à tout droit [qu’ils pourraient] avoir d’intenter un recours collectif, ou d’y participer, à l’encontre de TELUS ». Il a été soutenu que, même si le volet *arbitrage* est jugé invalide en raison de l’art. 3, la *renonciation concomitante* à d’éventuels recours collectifs, qui figure dans la même clause, demeure valide et exécutoire.

[45] M<sup>me</sup> Seidel fait valoir que de telles renonciations sont toujours abusives. S’appuyant sur des décisions américaines, elle fait remarquer qu’[TRADUCTION] « un nombre important de tribunaux, plus particulièrement des tribunaux des États de Californie et d’Illinois ainsi que la 9th Circuit Court, estiment que les conventions d’arbitrage préalable au litige sont abusives, surtout lorsque s’y ajoute une renonciation à exercer tout recours collectif » (m.a., par. 88). Point n’est besoin en l’espèce de déterminer si les renonciations de ce genre sont abusives (et je n’ai pas l’intention de le faire) parce que, selon moi, du point de vue de l’interprétation

clause as a whole, and as a whole it is rendered void by s. 3 of the *BPCPA*.

[46] The TELUS clause is structured internally to make the class action waiver dependent on the arbitration provision. The wording makes it clear that it is only by virtue of their agreement to arbitrate that consumers bar themselves from a class action. The undertakings are linked by the term “[b]y so agreeing”. What precedes (the arbitration clause) is the foundation for what follows (the class action waiver). If the arbitration provision is rendered invalid by s. 3 of the *BPCPA*, as I believe to be the case, the dependent class action waiver falls with it. The unitary nature of the clause is reinforced to some extent by its title, which is “Arbitration”, not “Arbitration and Class Action Waiver”.

[47] I take this language to be clear. However, if there is any ambiguity in the TELUS clause, it is resolved in favour of Ms. Seidel’s right of access to the court by the principles of *contra proferentum*. “Whoever holds the pen creates the ambiguity and must live with the consequences”: *Co-operators Life Insurance Co. v. Gibbens*, 2009 SCC 59, [2009] 3 S.C.R. 605, at para. 25; see also, *ACS Public Sector Solutions*, at para. 50, *per* Donald J.A. This, the Court said in *Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102, “is particularly true where the clause is found in a standard printed form of contract, frequently termed a contract of adhesion, which is presented by one party to the other as the basis of their transaction” (p. 108).

[48] Accordingly, Ms. Seidel is not contractually barred from continuing to seek certification of her s. 172 claims as a class action.

[49] Reference was made to s. 41(a) of the *CPA* which provides that no class action can be

des contrats, la renonciation au recours collectif ne peut être dissociée de l’ensemble de la clause d’arbitrage et, prise dans son ensemble, elle est nulle selon l’art. 3 de la *BPCPA*.

[46] La clause émanant de TELUS est rédigée de façon à rendre la renonciation au recours collectif tributaire de la clause d’arbitrage. Les termes employés indiquent clairement que c’est uniquement en raison de la convention d’arbitrage que les consommateurs excluent les recours collectifs. Les termes [TRADUCTION] « [e]n acceptant ce qui précède » établissent le lien entre les deux engagements. Ce qui précède (la clause d’arbitrage) constitue le fondement de la suite (la renonciation au recours collectif). Si la clause d’arbitrage est invalide en raison de l’art. 3 de la *BPCPA*, et j’estime que c’est le cas, la renonciation au recours collectif qui en est tributaire l’est également. La nature unitaire de la clause est renforcée dans une certaine mesure par son titre : [TRADUCTION] « Arbitrage » et non « Arbitrage et renonciation au recours collectif ».

[47] J’estime que le libellé de la clause est clair. Toutefois, si la clause émanant de TELUS est ambiguë, il faut favoriser le maintien du droit de M<sup>me</sup> Seidel de s’adresser aux tribunaux conformément à la règle *contra proferentem*. « L’ambiguïté est le fait du rédacteur, qui doit en assumer les conséquences » : *Co-operators Compagnie d’assurance-vie c. Gibbens*, 2009 CSC 59, [2009] 3 R.C.S. 605, par. 25; voir également *ACS Public Sector Solutions*, par. 50, le juge Donald. Voici en outre ce qu’indique notre Cour dans *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102 : « . . . c’est d’autant plus vrai lorsque la clause se trouve dans un contrat type imprimé, fréquemment appelé contrat d’adhésion, qu’une partie présente à l’autre comme fondement de leur convention » (p. 108).

[48] Le contrat n’empêche donc pas M<sup>me</sup> Seidel de poursuivre sa demande d’autorisation d’un recours collectif en ce qui concerne ses réclamations fondées sur l’art. 172.

[49] Il a été fait mention de l’al. 41a) de la *CPA*, qui fait obstacle à l’exercice d’un recours collectif

instituted where a representative action is available. However, under the *BPCPA*, only the director may bring a representative action. Ms. Seidel may not do so. While consumer activists may bring actions despite the fact that they have not personally suffered any damage, such actions cannot be brought as representative actions under the *BPCPA*. This is to be contrasted with the situation under the now repealed *TPA*, where s. 18(3) allowed consumer-brought representative actions. Accordingly, s. 41(a) of the *CPA* is not a bar to Ms. Seidel's application for certification.

#### V. Disposition

[50] I would allow the appeal in part and lift the stay as regards the s. 172 claims made by Ms. Seidel. She may in that respect pursue the certification proceedings. On the other hand, I would uphold the stay in relation to her other claims which may, if she pursues them, go to arbitration. This may lead, if the arbitration is proceeded with, to bifurcated proceedings. Such an outcome, however, is consistent with the legislative choice made by British Columbia in drawing the boundaries of s. 172 as narrowly as it did.

[51] As Ms. Seidel has enjoyed substantial success, she should have her costs in this Court and in the courts below, including costs on the application for leave to appeal to this Court. The stay proceedings raise quite distinct issues unrelated to the merits of her claim. The costs are therefore awarded to her in any event of the ultimate outcome of the litigation.

The reasons of LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ. were delivered by

[52] *LEBEL AND DESCHAMPS JJ.* (dissenting) — In an effort to promote and improve access to justice, and to make more efficient use of scarce judicial resources, legislatures have adopted new

lorsqu'une action peut être intentée par un représentant. Toutefois, en vertu de la *BPCPA*, seul le directeur peut intenter une action de ce genre. M<sup>me</sup> Seidel ne peut pas le faire. Bien que les défenseurs des droits des consommateurs puissent intenter des actions même s'ils n'ont pas subi de préjudice, ils ne peuvent le faire en qualité de représentants aux termes de la *BPCPA*. Cette règle doit être mise en contraste avec le par. 18(3) de la *TPA*, maintenant abrogé, qui permettait aux consommateurs d'intenter des actions en qualité de représentants. L'alinéa 41a) de la *CPA* ne fait donc pas obstacle à la demande d'autorisation de recours collectif de M<sup>me</sup> Seidel.

#### V. Dispositif

[50] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de lever la suspension des procédures en ce qui concerne les demandes présentées par M<sup>me</sup> Seidel sur le fondement de l'art. 172. Elle peut poursuivre la demande d'autorisation de recours collectif à cet égard. En revanche, je suis d'avis de confirmer la suspension en ce qui concerne ses autres demandes qui peuvent, si elle y donne suite, être soumises à l'arbitrage. Le dispositif susmentionné pourrait occasionner la bifurcation des recours en cas d'arbitrage, mais une telle issue s'accorde avec le choix du législateur de la Colombie-Britannique d'assortir l'art. 172 de limites aussi étroites.

[51] Étant donné que M<sup>me</sup> Seidel obtient en grande partie gain de cause, je suis d'avis de lui accorder ses dépens devant notre Cour et les juridictions inférieures, y compris ses dépens relatifs à la demande d'autorisation d'appel à notre Cour. La suspension des procédures soulève des questions bien différentes, ayant peu de rapport avec le bien-fondé de sa demande. Les dépens lui sont donc accordés quelle que soit l'issue finale du litige.

Version française des motifs des juges LeBel, Deschamps, Abella et Charron rendus par

[52] *LES JUGES LEBEL ET DESCHAMPS* (dissidents) — Afin de favoriser et d'améliorer l'accès à la justice, et d'accroître l'efficacité de ressources judiciaires limitées, les législatures ont mis en

procedural vehicles designed to modify or provide alternatives to the traditional court action. These alternatives include class actions and arbitration, both of which have been endorsed by this Court. Consumers in British Columbia, depending on the contractual arrangements they make, already have access to either arbitration or the courts to resolve their disputes. In this case, the consumer's contract provides that in the event of a dispute, the exclusive adjudicative forum is arbitration. This is a forum our courts have long accepted as an efficient and effective access to justice mechanism. Thus, the question in this case is instead whether access to justice means — and requires — access to a judge.

[53] This appeal specifically calls upon this Court to determine whether a clause in a standard form consumer contract for the supply of mobile phone services which mandates that all disputes with the service provider be resolved by way of arbitration, displaces the availability of class proceedings in the province of British Columbia. In our view, the British Columbia legislature has, by incorporating the *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 330 U.N.T.S. 3 (the “New York Convention”), and the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc A/40/17 (1985), Ann. I (“Model Law”), into its domestic arbitration legislation, made a clear choice. Absent a clear statement by the legislature of an intention to the contrary, a consumer claim that could potentially proceed either by way of arbitration or class action must first be submitted to arbitration.

[54] Access to justice in Canada no longer means access just to the public court system. Historically, judges were reluctant to relinquish their grasp on dispute resolution, and they even viewed alternative dispute resolution as antithetical to the parties' interests. This era is gone. It is the role of the legislature, not the courts, to limit access to alternative dispute resolution mechanisms. Unlike several other provinces, British Columbia has not limited the resolution of consumer disputes to a single

place de nouveaux moyens procéduraux destinés à modifier l'action en justice traditionnelle ou à offrir des voies alternatives à celle-ci. Ces nouvelles voies incluent les recours collectifs et l'arbitrage, tous deux approuvés par notre Cour. Les consommateurs en Colombie-Britannique peuvent déjà s'adresser à un arbitre ou à un tribunal judiciaire pour régler leurs différends, selon les stipulations du contrat intervenu. Dans ce dossier, le contrat de consommation prévoit, en cas de litige, le recours exclusif à l'arbitrage, un mécanisme d'accès à la justice dont l'efficacité est reconnue depuis longtemps par les tribunaux canadiens. Par conséquent, il s'agit plutôt dans la présente affaire de déterminer si l'accès à la justice signifie et exige l'accès à un juge.

[53] En l'espèce, notre Cour doit déterminer si une clause d'un contrat de consommation type relatif à des services de téléphonie cellulaire, qui impose le recours à l'arbitrage de tout différend avec le fournisseur de service, empêche l'exercice d'un recours collectif dans la province de la Colombie-Britannique. À notre avis, la législature de la Colombie-Britannique, dans sa législation interne portant sur l'arbitrage, a fait un choix clair en incorporant la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 330 R.T.N.U. 3 (la « Convention de New York »), et la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17 (1985), ann. I (« Loi type »). En l'absence d'une déclaration claire, dans laquelle la législature manifeste une intention contraire, tout litige de consommation susceptible de faire l'objet d'un arbitrage ou d'un recours collectif doit d'abord être soumis à l'arbitrage.

[54] Au Canada, le concept d'accès à la justice ne comprend plus seulement l'accès au système judiciaire public. Dans le passé, les juges se montraient réticents à abandonner leur mainmise sur la résolution des litiges. Ils estimaient même que le règlement alternatif des différends ne respectait pas les impératifs de la protection des droits des parties. Cette ère est révolue. Il appartient à la législature, et non aux tribunaux, de limiter l'accès aux mécanismes alternatifs de résolution des

procedural regime. On the contrary, it has left room for arbitration and allowed arbitrators to exercise broad remedial powers, subject to the agreement of parties to a dispute. Given the current structure of consumer protection legislation in British Columbia, submitting a consumer's dispute with their mobile phone service provider to arbitration is entirely consistent with the important public purposes of protecting consumers, vindicating their rights and promoting access to justice.

[55] Our colleague Binnie J. frames this case somewhat differently than the parties. He focusses first not on whether the arbitration clause agreed to by the parties to this dispute is inoperative — the issue on which the British Columbia courts focussed their decisions, and on which leave was granted — but rather on the interpretation of ss. 3 and 172 of the *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2 (“*BPCPA*”). He considers s. 172 to be the result of a legislative decision to confer exclusive jurisdiction on the British Columbia Supreme Court to issue declaratory, injunctive and other equitable orders, the waiver of which is prohibited by s. 3. In our view, this interpretation represents an inexplicable throwback to a time when courts monopolized decision making and arbitrators were treated as second-class adjudicators. This approach completely disregards the modern state of the law in British Columbia, in which arbitrators have expanded powers comparable to those of the courts to hear representative proceedings and to issue equitable orders.

[56] We disagree that the *BPCPA* manifests explicit legislative intent to foreclose the use of arbitration as a vehicle for the resolution of disputes under that Act in British Columbia. We would

différends. Contrairement à plusieurs autres provinces, la Colombie-Britannique n'a pas assujéti la résolution des litiges de consommation à un régime procédural unique. Au contraire, elle a maintenu la possibilité de recourir à l'arbitrage et a permis aux arbitres d'exercer de vastes pouvoirs de réparation, sous réserve de la convention des parties à un litige. Vu la structure actuelle de la législation de la Colombie-Britannique en matière de protection des consommateurs, le renvoi à l'arbitrage d'un différend entre un consommateur et son fournisseur de services de téléphonie cellulaire respecte en tout point les importants objectifs d'ordre public de protection des consommateurs, de défense de leurs droits et de facilitation de l'accès à la justice.

[55] Notre collègue le juge Binnie conçoit la présente affaire d'une manière assez différente de l'approche adoptée par les parties. Il ne cherche pas d'abord à déterminer si la clause d'arbitrage convenue par les parties au présent litige est inopérante, le point sur lequel les tribunaux de la Colombie-Britannique ont fondé leurs décisions et à l'égard duquel l'autorisation d'appel a été accordée; il s'attache plutôt à l'interprétation des art. 3 et 172 de la *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, ch. 2 (« *BPCPA* »). Selon le juge Binnie, l'art. 172 découle de la décision du législateur d'accorder à la Cour suprême de la Colombie-Britannique le pouvoir exclusif de rendre des jugements déclaratoires, des injonctions et d'autres ordonnances en equity dont la renonciation est interdite par l'art. 3. À notre avis, une telle interprétation constitue un retour en arrière inexplicable à un temps où les tribunaux exerçaient un monopole sur la prise des décisions et où les arbitres étaient traités comme des décideurs de deuxième ordre. Cette interprétation fait complètement abstraction de l'état actuel du droit en Colombie-Britannique, où les arbitres disposent de pouvoirs étendus, analogues à ceux des tribunaux, de connaître des actions intentées par des représentants et de rendre des ordonnances en equity.

[56] Nous ne saurions admettre que, dans la *BPCPA*, le législateur exprime explicitement l'intention d'écarter en Colombie-Britannique le recours à l'arbitrage comme mécanisme de

dismiss the appeal, thereby upholding the stay of court proceedings to allow the arbitration process contractually agreed to by the parties to run its course.

### I. Factual Background

[57] The appellant, Michelle Seidel, became a customer of the respondent TELUS Communications Inc.'s mobile phone services in 2000. The parties have been unable to locate her original contract with TELUS, if one was in fact signed. Whether the original contract contained an arbitration clause cannot therefore be conclusively determined.

[58] When Ms. Seidel renewed her cell phone service with TELUS in 2003, however, she did sign a contract. It included the following arbitration clause:

15. ARBITRATION: Any claim, dispute or controversy (whether in contract or tort, pursuant to statute or regulation, or otherwise and whether pre-existing, present or future — except for the collection from you of any amount by TELUS Mobility) arising out of or relating to: (a) this agreement; (b) a phone or the service; (c) oral or written statements, or advertisements or promotions relating to this agreement or to a product or service; or (d) the relationships which result from this agreement (including relationships with third parties who are not parties to this agreement), (each, a “Claim”) will be referred to and determined by private and confidential mediation before a single mediator chosen by the parties and at their joint cost. Should the parties after mediation in good faith fail to reach a settlement, the issue between them shall then be determined by private, confidential and binding arbitration by the same person originally chosen as mediator. Either party may commence court proceedings to enforce the arbitration result when an arbitration decision shall have been rendered and thirty (30) days have passed from the date of such decision. By so agreeing, you waive any right you may have to commence or participate in any class action against TELUS Mobility related to any Claim and, where applicable, you hereby agree to opt out of any class proceeding against TELUS Mobility otherwise commenced. . . . [A.R., at p. 83]

règlement des différends fondés sur cette loi. Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer ainsi la suspension de l'instance pour laisser la procédure d'arbitrage convenue par contrat entre les parties suivre son cours.

### I. Faits

[57] En 2000, l'appelante, Michelle Seidel, est devenue une cliente des services de téléphonie cellulaire de l'intimée TELUS Communications Inc. Les parties n'ont pas retrouvé le contrat initial entre M<sup>me</sup> Seidel et TELUS, si de fait elle en a signé un. On ne peut donc établir de façon concluante si le contrat initial contenait une clause d'arbitrage.

[58] Toutefois, lorsque M<sup>me</sup> Seidel a renouvelé son entente de service avec TELUS en 2003, elle a signé un contrat qui renfermait la clause d'arbitrage suivante :

[TRADUCTION]

15. ARBITRAGE : Tout différend, toute controverse ou toute réclamation (de nature contractuelle ou délictuelle, en vertu de la loi ou d'un règlement, ou autrement, passé, présent ou futur — sauf en ce qui concerne la perception par TELUS Mobilité de toute somme auprès de vous) qu'il découle des causes suivantes ou qu'il y soit lié : a) la présente entente; b) un téléphone ou le service; c) des déclarations verbales ou écrites, ou des publicités ou promotions concernant la présente entente ou un produit ou un service; d) les relations qui découlent de la présente entente (y compris les relations avec les tiers qui ne sont pas parties), (chacune étant, individuellement, une « réclamation ») feront l'objet d'une médiation privée et confidentielle devant un seul médiateur choisi par les parties à leurs frais conjoints. Si les parties n'arrivent pas à un règlement après une médiation de bonne foi, le litige sera alors soumis à l'arbitrage privé, confidentiel et final de la même personne qui a été choisie à l'origine comme médiateur. L'une ou l'autre des parties peut intenter une action en justice en vue de faire respecter et exécuter la sentence arbitrale rendue, après un délai de trente (30) jours à compter de la date de cette sentence. En acceptant ce qui précède, vous renoncez à tout droit que vous pouvez avoir d'intenter un recours collectif, ou d'y participer, à l'encontre de TELUS Mobilité, en ce qui concerne toute réclamation et, le cas échéant, vous convenez, par les présentes, de vous retirer de tout recours collectif autrement intenté contre TELUS Mobilité. . . [d.a., p. 83]

Ms. Seidel renewed her TELUS service once again in 2004. The renewal form included a notification that the terms of the 2004 renewal supplemented the terms of her existing TELUS service contract, which continued to apply.

[59] On January 21, 2005, Ms. Seidel commenced a class proceeding against TELUS, alleging breach of contract and deceptive and unconscionable practices contrary to the *BPCPA*. The essence of Ms. Seidel's allegations is that TELUS unlawfully charges its customers for incoming calls based upon when the caller connects to TELUS's network, but before the customer answers the call. This is said to include connection time and ring time. In her view, TELUS can lawfully charge only for "air time", or what is otherwise known as "actual talking time". To date, no certification hearing has taken place.

[60] Ms. Seidel seeks the following remedies: a declaration that TELUS engaged in deceptive and unconscionable trade acts and practices; damages, including both punitive and exemplary damages; an order restoring the monies acquired by TELUS in contravention of the *BPCPA*; an accounting of amounts due; and both interim and permanent injunctions prohibiting the allegedly deceptive and unconscionable acts and practices. All these remedies are sought pursuant to the *BPCPA*.

## II. Judicial History

[61] In order to place the decisions of the courts below in their proper context, it is important to begin by briefly reviewing the legal environment in place when they were rendered. The courts have in fact ruled a number of times on the issue of whether the certification of a class action should take precedence over contractual agreements to arbitrate.

En 2004, M<sup>me</sup> Seidel a une fois de plus renouvelé son contrat avec TELUS. Le formulaire de renouvellement précisait que les modalités du contrat de renouvellement de 2004 complétaient les stipulations du contrat existant, qui continuaient à s'appliquer.

[59] Le 21 janvier 2005, M<sup>me</sup> Seidel a intenté un recours collectif contre TELUS, alléguant qu'il y avait eu rupture de contrat et que TELUS s'était livrée à des pratiques trompeuses et abusives, en contravention de la *BPCPA*. Pour l'essentiel, M<sup>me</sup> Seidel prétend que TELUS facture illégalement du temps à ses clients pour les appels entrants à partir du moment où le demandeur communique avec le réseau de TELUS, mais avant que le client réponde à l'appel. On affirme que le temps de connexion et le temps de sonnerie sont aussi facturés. Selon M<sup>me</sup> Seidel, TELUS ne peut facturer légalement que des frais de [TRADUCTION] « temps d'antenne », aussi désigné « temps d'émission ». Aucune demande d'autorisation de recours collectif n'a été entendue jusqu'à présent.

[60] M<sup>me</sup> Seidel sollicite les réparations suivantes : un jugement déclarant que TELUS s'est livrée à des pratiques de commerce trompeuses et abusives, des dommages-intérêts, y compris des dommages-intérêts punitifs et exemplaires, une ordonnance prévoyant la restitution des sommes d'argent que TELUS a obtenues en contravention de la *BPCPA*, une reddition de compte au sujet des sommes dues, ainsi qu'une injonction provisoire et une injonction permanente interdisant à TELUS de se livrer aux pratiques prétendument trompeuses et abusives. Toutes ces mesures de réparation se fondent sur la *BPCPA*.

## II. Historique judiciaire

[61] Pour situer en contexte les décisions des tribunaux d'instance inférieure, il importe d'abord de décrire sommairement le régime juridique en place lorsqu'elles ont été rendues. Les tribunaux ont statué à plusieurs reprises sur la question de savoir si la procédure d'autorisation d'un recours collectif devrait primer une convention d'arbitrage.



A. *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291 (“*MacKinnon 2004*”)

[62] In *MacKinnon 2004*, a five-member panel of the British Columbia Court of Appeal was asked to decide whether an arbitration clause in a consumer contract is “inoperative” where an action for breach of that contract is brought as an intended class proceeding.

[63] Levine J.A., writing for a unanimous court, found that an operational conflict exists between the *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50 (“*CPA*”), and the *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55 (“*CAA*”): under the *CPA*, the court must certify a class proceeding if all the statutory criteria are met, but must also refer a matter to arbitration pursuant to the *CAA* unless the agreement to arbitrate is null or inoperative. In other words, the mandatory terms of the two Acts “mean that arbitration and class proceedings cannot operate at the same time with respect to the same dispute” (para. 53).

[64] Levine J.A. rejected the sequential approach to interpretation advanced by Money Mart, according to which the stay application under the *CAA* had to be considered before the certification application under the *CPA*. Instead, relying in part on policy concerns associated with standard form agreements and the use of arbitration to resolve consumer disputes, Levine J.A. crafted an approach that would give meaning to and recognize the importance of both statutory schemes. She concluded that an arbitration agreement becomes inoperative when, upon certification, a class proceeding is considered the “preferable procedure” (s. 4(1)(d) *CPA*) for resolving the dispute.

B. *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801

[65] In July 2007, this Court released its decisions in *Dell and Rogers Wireless Inc. v. Muroff*, 2007

A. *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291 (« *MacKinnon 2004* »)

[62] Dans *MacKinnon 2004*, une formation de cinq juges de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a dû décider si une clause d’arbitrage dans un contrat de consommation devenait « inopérante » lorsqu’un recours pour rupture de contrat est intenté dans le but d’obtenir sa certification comme recours collectif.

[63] L’auteur de l’arrêt unanime de la Cour d’appel, la juge Levine, a conclu à l’existence d’un conflit d’application entre la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50 (« *CPA* »), et la *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 55 (« *CAA* »). En effet, selon la *CPA*, le tribunal doit autoriser un recours collectif lorsque toutes les conditions prévues à la loi sont réunies, mais il est aussi tenu de renvoyer l’affaire à l’arbitrage en vertu de la *CAA*, sauf en cas de nullité ou d’inopérabilité de la convention d’arbitrage. Autrement dit, les dispositions impératives des deux lois [TRADUCTION] « signifient que l’arbitrage et le recours collectif ne peuvent suivre leur cours simultanément à l’égard du même litige » (par. 53).

[64] La juge Levine a rejeté la méthode d’interprétation en plusieurs étapes défendue par Money Mart suivant laquelle la demande de suspension fondée sur la *CAA* devait être examinée avant la demande d’autorisation présentée sous le régime de la *CPA*. En raison notamment des questions de politique juridique relatives à l’emploi des contrats d’adhésion type et au recours à l’arbitrage pour résoudre les litiges de consommation, la juge Levine a élaboré une approche reconnaissant l’importance des deux régimes législatifs. Elle a ensuite conclu que, lorsqu’un tribunal estime que le recours collectif est la [TRADUCTION] « meilleure procédure » pour résoudre le litige, la convention d’arbitrage devient inopérante (al. 4(1)d) *CPA*).

B. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801

[65] En juillet 2007, notre Cour a rendu les arrêts *Dell et Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*, 2007 CSC

SCC 35, [2007] 2 S.C.R. 921. These decisions dealt with the relationship between arbitration clauses and class actions under the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“CCQ”), and the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 (“CCP”). In TELUS’s view, *Dell* and *Rogers* cast doubt on the validity of *MacKinnon 2004*. On July 23, 2007, TELUS accordingly applied for a stay under s. 15 of the CAA, arguing that the arbitration clause should prevail over the proposed class proceeding. In support of this application, TELUS filed an affidavit of a Quebec lawyer, who stated that there was no substantive difference between Quebec’s legislation dealing with arbitration and class proceedings and that of British Columbia.

[66] Decided against the backdrop of an application to certify a class action, *Dell* addressed the question of who, between the courts or an arbitrator, should first consider the validity and applicability of an arbitration agreement. After canvassing the international and domestic authorities, the majority confirmed the primacy of the competence-competence principle and set out the applicable general test:

First of all, I would lay down a general rule that in any case involving an arbitration clause, a challenge to the arbitrator’s jurisdiction must be resolved first by the arbitrator. A court should depart from the rule of systematic referral to arbitration only if the challenge to the arbitrator’s jurisdiction is based solely on a question of law. This exception is justified by the courts’ expertise in resolving such questions, by the fact that the court is the forum to which the parties apply first when requesting referral and by the rule that an arbitrator’s decision regarding his or her jurisdiction can be reviewed by a court. It allows a legal argument relating to the arbitrator’s jurisdiction to be resolved once and for all, and also allows the parties to avoid duplication of a strictly legal debate. In addition, the danger that a party will obstruct the process by manipulating procedural rules will be reduced, since the court must not, in ruling on the arbitrator’s jurisdiction, consider the facts leading to the application of the arbitration clause.

If the challenge requires the production and review of factual evidence, the court should normally refer

35, [2007] 2 R.C.S. 921, qui concernent les rapports entre les clauses d’arbitrage et les recours collectifs sous le régime du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« CcQ »), et du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« Cpc »). Selon TELUS, ces arrêts jettent un doute sur la validité de *MacKinnon 2004*. En conséquence, le 23 juillet 2007, TELUS a présenté une demande de suspension en application de l’art. 15 de la CAA, soutenant que la clause d’arbitrage devrait primer le recours collectif projeté. À l’appui de cette demande, TELUS a déposé l’affidavit d’un avocat québécois, selon lequel il n’existe aucune différence substantielle entre les lois du Québec et celles de la Colombie-Britannique en matière d’arbitrage et de recours collectifs.

[66] Rendu dans le contexte d’une demande d’autorisation d’un recours collectif, *Dell* traite de la question de la priorité entre l’arbitre et le tribunal judiciaire : lequel d’entre eux devrait en premier lieu statuer sur la validité et l’applicabilité d’une convention d’arbitrage? Après un examen approfondi de la doctrine internationale et québécoise, les juges majoritaires ont confirmé la primauté du principe de compétence-compétence et énoncé le critère général applicable :

Tout d’abord, il convient de poser la règle générale que, lorsqu’il existe une clause d’arbitrage, toute contestation de la compétence de l’arbitre doit d’abord être tranchée par ce dernier. Le tribunal ne devrait déroger à la règle du renvoi systématique à l’arbitrage que dans les cas où la contestation de la compétence arbitrale repose exclusivement sur une question de droit. Cette dérogation se justifie par l’expertise des tribunaux sur ces questions, par le fait que le tribunal judiciaire est le premier forum auquel les parties s’adressent lorsqu’elles demandent le renvoi et par la règle voulant que la décision de l’arbitre sur sa compétence puisse faire l’objet d’une révision complète par le tribunal judiciaire. De cette façon, l’argument de droit relatif à la compétence de l’arbitre sera tranché une fois pour toutes, évitant aux parties le dédoublement d’un débat strictement juridique. De plus, le risque de manipulation de la procédure en vue de créer de l’obstruction est amenuisé du fait que la décision du tribunal quant à la compétence arbitrale ne doit pas mettre en cause les faits donnant lieu à l’application de la clause d’arbitrage.

Si la contestation requiert l’administration et l’examen d’une preuve factuelle, le tribunal devra

the case to arbitration, as arbitrators have, for this purpose, the same resources and expertise as courts. Where questions of mixed law and fact are concerned, the court hearing the referral application must refer the case to arbitration unless the questions of fact require only superficial consideration of the documentary evidence in the record. [paras. 84-85]

Thus, a challenge to the jurisdiction of the arbitrator will be determined by the court only if it concerns either a question of law or one of mixed fact and law that requires only superficial consideration of the evidence in the record and can be dealt with expeditiously.

[67] As to the interaction between an arbitration clause and a class action, the majority in *Dell* focussed on the procedural nature of the class action. The possibility of using a particular procedural vehicle cannot alter substantive rights agreed to by the parties to a contract. Therefore, when contracting parties agree to refer to arbitration any dispute arising under their contract, they create a substantive right. Relying on *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666, the majority held that the choice to initiate a class action cannot serve as the basis for a court's jurisdiction to hear a dispute if the claims raised in that action, taken individually, would not do so. This is because the parties have, by virtue of their contractual agreement to arbitrate these claims, created a substantive right that ousts a court's jurisdiction.

[68] Though the judges of the minority dissented in *Dell*, they did so on other grounds. They agreed, in respect of the competence-competence principle, with the "rule of chronological priority under which the arbitrators must have the first opportunity to rule on their jurisdiction" (para. 163). They also agreed "that a discretionary approach favouring resort to the arbitrator in most instances would best serve the legislator's clear intention to promote the arbitral process and its efficiency, while preserving the core supervisory jurisdiction of the

normalement renvoyer l'affaire à l'arbitre qui, en ce domaine, dispose des mêmes ressources et de la même expertise que les tribunaux judiciaires. Pour les questions mixtes de droit et de fait, le tribunal saisi de la demande de renvoi devra favoriser le renvoi, sauf si les questions de fait n'impliquent qu'un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier. [par. 84-85]

Un tribunal judiciaire ne devrait donc statuer sur une contestation portant sur la compétence de l'arbitre que dans les cas où le débat porte sur une question de droit ou une question mixte de fait et de droit qui n'implique qu'un examen superficiel de la preuve au dossier et qui peut être tranchée de façon expéditive.

[67] Dans le cas de l'interaction entre une clause d'arbitrage et un recours collectif, les juges majoritaires dans *Dell* ont concentré leur attention sur la nature procédurale du recours collectif. La possibilité de recourir à un mécanisme procédural particulier ne saurait modifier les droits substantiels dont ont convenu les parties à un contrat. Par conséquent, lorsque des parties contractantes conviennent de renvoyer à l'arbitrage leurs éventuels différends relatifs au contrat, elles créent un droit substantiel. S'appuyant sur l'arrêt *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666, la majorité a conclu que la décision d'intenter un recours collectif ne saurait conférer à un tribunal le pouvoir de connaître d'un litige lorsque, considérées individuellement, les différentes réclamations visées par le recours ne le lui permettraient pas. Il en est ainsi parce qu'en choisissant par contrat de renvoyer ces réclamations à l'arbitrage, les parties ont créé un droit substantiel qui écarte la compétence du tribunal judiciaire.

[68] Les juges minoritaires dans *Dell* étaient dissidents pour d'autres motifs. Ils ont convenu, au sujet du principe de compétence-compétence, qu'« il s'agit d'une règle qui établit une priorité chronologique selon laquelle les arbitres doivent les premiers pouvoir statuer sur leur compétence » (par. 163). Ils ont également accepté « qu'une méthode discrétionnaire préconisant le recours à l'arbitre dans la plupart des cas servirait mieux l'intention claire du législateur de favoriser le processus arbitral et son efficacité, tout en préservant

Superior Court” (para. 176). Similarly, the minority agreed that a court that lacks jurisdiction over a dispute in the first place — because the parties have chosen to have disputes resolved through arbitration, for example — cannot acquire jurisdiction over it as a result of an application for certification of a class action (para. 150).

[69] In oral argument in the instant case, emphasis was put on the fact that *Dell* was based on the interpretation of the provisions of the *CCQ* and the *CCP* on arbitration and class actions. It was submitted on this basis that the *ratio* of that case does not apply outside Quebec. While it is true that *Dell* involved the interpretation of Quebec legislation, the subject matter of that legislation was domestic commercial arbitration, and the key issue was the relationship between arbitration and individual court actions. Quebec’s arbitration legislation is not unique to the civil law tradition, but was based on two international texts relating to arbitration: the Model Law and the New York Convention. The general test adopted in *Dell* for dealing with challenges to an arbitrator’s jurisdiction in this context was based on the interpretation of these international documents. The approach in that case to determining the jurisdiction of the arbitrator, and more specifically the application of the competence-competence principle, is not unique to Quebec.

C. *British Columbia Supreme Court (2008 BCSC 933, 85 B.C.L.R. (4th) 372; Masuhara J.)*

[70] Returning to the present appeal, the stay application brought by TELUS was argued before the case management judge, Masuhara J. The key question he had to address was whether the legal tests for certification of a class proceeding and for establishing the jurisdiction of an arbitrator in Quebec are, for all intents and purposes, the same as those in British Columbia. The answer to this question would ultimately determine the reach of both *Dell* and *Rogers* in the province. In Masuhara J.’s

le pouvoir fondamental de surveillance de la Cour supérieure » (par. 176). Ils ont aussi admis que, si un tribunal judiciaire n’a pas au départ compétence pour statuer sur un différend, dans les cas par exemple où les parties ont choisi de soumettre leur différend à l’arbitrage, ce tribunal n’acquiert pas compétence parce qu’il est saisi d’une demande d’autorisation d’un recours collectif (par. 150).

[69] En plaidoirie, on a mis l’accent en l’espèce sur le fait que *Dell* repose sur l’interprétation des dispositions du *CcQ* et du *Cpc* relatives à l’arbitrage et au recours collectif. On a soutenu, pour ce motif, que le raisonnement de la Cour dans cet arrêt ne s’applique pas à l’extérieur de la province de Québec. Bien qu’il soit vrai que *Dell* porte sur l’interprétation de la législation québécoise, cette dernière régissait les arbitrages commerciaux internes. La question clé alors débattue demeurerait celle des rapports entre l’arbitrage et les recours judiciaires individuels. Les lois québécoises en matière d’arbitrage ne reflétaient pas seulement la tradition civiliste : elles ont plutôt pris pour modèle des instruments internationaux en matière d’arbitrage, la Loi type et la Convention de New York. Le critère général adopté dans *Dell* à propos des contestations de la compétence arbitrale dans ce contexte tient compte de ces documents internationaux et de leur interprétation. L’approche retenue dans cet arrêt pour déterminer si un arbitre a la compétence requise, et plus particulièrement l’adoption du principe de compétence-compétence, n’est pas propre au Québec.

C. *La Cour suprême de la Colombie-Britannique (2008 BCSC 933, 85 B.C.L.R. (4th) 372; le juge Masuhara)*

[70] Revenons sur le présent pourvoi. La demande de suspension de TELUS a été débattue devant le juge Masuhara, chargé de la gestion de l’instance. La principale question qu’il devait régler était celle de savoir si, au Québec et en Colombie-Britannique, les critères juridiques portant sur l’autorisation des recours collectifs et l’établissement de la compétence des arbitres étaient à toutes fins utiles identiques. La réponse à cette question dicte ultimement la portée des arrêts *Dell* et *Rogers*

opinion, *Dell* requires an arbitrator to determine if the arbitration clause is valid before the court considers whether the class action should be certified. If this *ratio* extended to the common law provinces, he reasoned, it would call *MacKinnon 2004* into question.

[71] Masuhara J. concluded that there was no substantial difference between the two provinces' approaches to class proceedings. However, he observed three main differences between the arbitration regimes that, in his view, precluded a finding that the "Quebec test" (at para. 75) set out in *Dell* applies in British Columbia. First, s. 15(2) of the CAA provides for broader exceptions from the automatic referral to arbitration than art. 940.1 of the CCP does in Quebec. Second, the CAA does not expressly grant arbitrators the authority to decide questions with regard to their own jurisdiction. The plain language of s. 15 of the CAA indicates that this jurisdiction resides exclusively with the court. Third, the CAA is not based on the New York Convention and the Model Law, and does not contain the provisions found in the Quebec legislation that expressly oust the jurisdiction of the courts.

[72] In the event that he was wrong, and that *Dell* does in fact apply in British Columbia, Masuhara J. went on to consider the effect of that case on TELUS's stay application. He was not convinced that *Dell* had the effect of overturning *MacKinnon 2004*. First, *Dell*'s "Quebec test" had no bearing on the actual issue raised by TELUS's application: whether the court had jurisdiction to grant a stay of proceedings under the CAA. Second, two exceptions to the competence-competence principle were identified in *Dell*: where the challenge to the arbitrator's jurisdiction involves a question of law, or questions of mixed fact and law that require only a superficial examination of the evidence. Whether an action ought to be certified as a class proceeding is a question of law that falls within the exclusive

en Colombie-Britannique. Selon le juge Masuhara, d'après l'arrêt *Dell*, l'arbitre doit décider si la clause d'arbitrage est valide avant que le tribunal ne considère la question de savoir s'il y a lieu d'autoriser un recours collectif. Il était en outre d'avis que, si ce raisonnement s'applique aux provinces de common law, la valeur de l'arrêt *MacKinnon 2004* comme précédent serait sujette à caution.

[71] Le juge Masuhara a conclu qu'il n'existait aucune différence substantielle entre les approches respectives des deux provinces en matière de recours collectif. Il a toutefois relevé trois différences principales dans les régimes d'arbitrage qui, selon lui, au par. 75, interdisaient de conclure que le « critère québécois » énoncé dans *Dell*, s'appliquait également en Colombie-Britannique. Premièrement, le renvoi automatique à l'arbitrage souffre de plus larges exceptions sous le régime du par. 15(2) de la CAA que sous celui de l'art. 940.1 du Cpc du Québec. Deuxièmement, la CAA n'accorde pas expressément aux arbitres le pouvoir de trancher des questions touchant leur compétence. Suivant les termes clairs de l'art. 15 de la CAA, ces questions ressortent exclusivement à la cour. Troisièmement, la CAA ne prend pas modèle sur la Convention de New York et la Loi type, et elle ne contient pas de dispositions, comme celles relevées dans la législation québécoise, qui écartent en termes exprès la compétence des tribunaux judiciaires.

[72] Au cas où il se serait trompé, et que *Dell* s'appliquerait en Colombie-Britannique, le juge Masuhara a examiné son effet sur la demande de suspension de TELUS. Le juge Masuhara n'était pas convaincu que l'arrêt *Dell* écartait l'arrêt *MacKinnon 2004*. D'abord, le « critère québécois » énoncé dans *Dell* n'avait pas d'incidence sur la question soulevée par la demande de TELUS : la question de savoir si la cour avait le pouvoir d'ordonner la suspension des procédures sous le régime de la CAA. Ensuite, *Dell* établit deux exceptions au principe de compétence-compétence : lorsque la contestation de la compétence de l'arbitre repose sur une question de droit, ou encore sur des questions mixtes de fait et de droit nécessitant seulement un examen superficiel de la preuve. La question de

jurisdiction of the court. Masuhara J. therefore dismissed TELUS's application for a stay of proceedings.

#### D. *British Columbia Court of Appeal*

- (1) *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2009 BCCA 103, 89 B.C.L.R. (4th) 1 (“*MacKinnon 2009*”)

[73] The Court of Appeal's decision in the case at bar (2009 BCCA 104, 88 B.C.L.R. (4th) 212, *per* Tysoe J.A. (Finch C.J.B.C. and Rowles, Newbury and Neilson J.J.A. concurring)) was released concurrently with *MacKinnon 2009*. Because Tysoe J.A. simply applied the reasoning in *MacKinnon 2009* to the facts of Ms. Seidel's case, we will discuss both sets of reasons.

[74] In *MacKinnon 2009* and in the case at bar, the Court of Appeal again sat as a five-judge panel, because it was being explicitly asked to overturn its decision in *MacKinnon 2004* on the basis that that decision had been overtaken by *Dell*. Newbury J.A., writing for a unanimous court in *MacKinnon 2009*, concluded that the reasoning in *Dell* applied in British Columbia and therefore that *MacKinnon 2004* should no longer be followed. However, she focussed not so much on the alleged conflict of purposes between the statutory scheme for commercial arbitration and the one for class proceedings as on the legal status of class proceedings themselves.

[75] After reviewing this Court's recent jurisprudence on class actions, Newbury J.A. began by observing that the commencement of a class proceeding cannot affect the substantive rights of the parties. A class proceeding is a procedural vehicle only: when contracting parties create a substantive contractual right to have their disputes resolved by way of arbitration, the class proceeding cannot be certified and “the court must generally respect the parties' choice of arbitration instead of judicial determination” (para. 66). The class proceeding

déterminer si une action devrait être certifiée en tant que recours collectif constitue une question de droit relevant de la compétence exclusive de la cour. Le juge Masuhara a donc rejeté la demande de suspension présentée par TELUS.

#### D. *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique*

- (1) *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2009 BCCA 103, 89 B.C.L.R. (4th) 1 (« *MacKinnon 2009* »)

[73] La Cour d'appel a rendu son arrêt en l'espèce (2009 BCCA 104, 88 B.C.L.R. (4th) 212, le juge Tysoe, avec l'accord du juge en chef Finch et des juges Rowles, Newbury et Neilson) concurremment avec *MacKinnon 2009*. Puisque le juge Tysoe a simplement appliqué le raisonnement de *MacKinnon 2009* aux faits de l'affaire *Seidel*, on peut examiner ensemble les motifs des deux arrêts.

[74] Dans *MacKinnon 2009* et en l'espèce, une formation de cinq juges a entendu les appels parce qu'on avait expressément demandé à la Cour d'appel d'infirmar sa décision dans *MacKinnon 2004* au motif qu'elle avait été supplantée par l'arrêt *Dell*. Dans un jugement unanime, la juge Newbury a conclu que le raisonnement dans *Dell* s'appliquait tout autant en Colombie-Britannique et que, par conséquent, *MacKinnon 2004* ne devait plus être appliqué. Toutefois, son analyse ne reposait pas tant sur le prétendu conflit — en raison de leur objet respectif — entre le régime législatif relatif à l'arbitrage commercial et le régime législatif relatif aux recours collectifs, que sur le statut juridique du recours collectif en tant que tel.

[75] Après un examen de la jurisprudence récente de notre Cour en matière de recours collectif, la juge Newbury a d'abord fait remarquer que le dépôt d'un recours collectif ne saurait influencer sur les droits substantiels des parties. Le recours collectif demeure un mécanisme procédural : lorsque les parties se dotent par contrat du droit substantiel de soumettre leurs différends à l'arbitrage, le recours collectif ne peut être autorisé, et [TRANSLATION] « le tribunal doit en général respecter le choix des parties de recourir à l'arbitrage plutôt qu'à une action

cannot therefore be used either to circumvent the exclusive jurisdiction of the arbitrator or to modify the substantive rights of the parties to an arbitration agreement (para. 70).

[76] Newbury J.A. also held that the differences in statutory language identified by Masuhara J. were not material to the question of whether the reasoning in *Dell* extends to British Columbia. The arbitration schemes of both provinces provide essentially for the same thing. Moreover, the question raised in the appeal logically paralleled the question considered by this Court in *Dell*:

[I]f Mr. MacKinnon had brought his action solely as an individual, he could not have prevented the court in either province from staying the action and referring it to arbitration. [para. 69]

[77] Newbury J.A. therefore decided that the approach taken in *Dell* also applies in British Columbia. However, having found no basis for interfering with the case management judge's exercise of discretion in *MacKinnon 2009* in refusing to grant the stay on the basis of issue estoppel, she dismissed the appeal (para. 84). For this reason, the dispute was not referred to arbitration.

(2) *Seidel v. TELUS Communications Inc.*

[78] Tysoe J.A., writing for the Court of Appeal in the case at bar, applied the reasoning of his colleague in *MacKinnon 2009* to the issue of whether the stay should be granted on the basis of *Dell*. However, he then went on to consider three residual issues decided neither by Newbury J.A. in *MacKinnon 2009* nor by Masuhara J. that were specific to the case at bar: (1) whether the arbitration agreement was inoperative by virtue of s. 3 of the *BPCPA* (which renders void any waiver or release of rights, benefits or protections under that Act); (2) whether issue estoppel was available; and (3) whether the arbitration clause covered those

en justice » (par. 66). Le recours collectif ne peut en conséquence être utilisé soit pour contourner la compétence exclusive de l'arbitre, soit pour modifier les droits substantiels des parties à une convention d'arbitrage (par. 70).

[76] La juge Newbury a en outre statué que les différences relevées par le juge Masuhara dans les textes législatifs n'avaient pas d'incidence sur la question de savoir si le raisonnement de l'arrêt *Dell* s'appliquait en Colombie-Britannique. Les régimes d'arbitrage des deux provinces prévoient essentiellement la même règle. De plus, la question soulevée en appel était, sur le plan de la logique, semblable à celle que notre Cour avait examinée dans *Dell* :

[TRADUCTION] [S]i M. MacKinnon avait intenté son action uniquement à titre individuel, il n'aurait pu s'opposer à ce que le tribunal judiciaire de l'une ou l'autre province suspende l'action et la renvoie à l'arbitrage. [par. 69]

[77] La juge Newbury a donc statué que l'approche exposée dans *Dell* s'appliquait également en Colombie-Britannique. Toutefois, ayant conclu qu'il n'y avait aucune raison de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge chargé de la gestion de l'instance dans *MacKinnon 2009* de refuser d'ordonner la suspension des procédures parce qu'il y avait préclusion découlant d'une question déjà tranchée, elle a rejeté l'appel (par. 84). L'affaire n'a pas été renvoyée à l'arbitrage pour cette raison.

(2) *Seidel c. TELUS Communications Inc.*

[78] Le juge Tysoe, s'exprimant au nom de la Cour d'appel en l'espèce, a appliqué le raisonnement adopté par sa collègue dans *MacKinnon 2009* pour déterminer s'il y avait lieu de suspendre la procédure sur le fondement de *Dell*. Toutefois, il a ensuite examiné trois questions résiduelles propres à la présente affaire sur lesquelles ni la juge Newbury, dans *MacKinnon 2009*, ni le juge Masuhara, en l'espèce ne s'étaient prononcés : (1) celle de l'inopérabilité de la convention d'arbitrage par application de l'art. 3 de la *BPCPA* (qui frappe de nullité toute renonciation aux droits, avantages ou protections conférés par cette loi); (2) celle de

of Ms. Seidel's claims that arose before February 2003, since no contract between the parties could be located from before that time.

[79] Tysoe J.A. rejected the argument that the *BPCPA* conferred rights on members of the proposed class and that, by virtue of s. 3, those rights could not be waived. Specifically, s. 10(2) confers rights, benefits or protections applicable only to mortgage loans, and s. 172(1) simply identifies the British Columbia Supreme Court as the court in which the remedies provided for in that section can be sought. Section 172(1) does not explicitly exclude arbitral jurisdiction and cannot therefore render the arbitration agreement between Ms. Seidel and TELUS inoperative.

[80] Regarding the availability of issue estoppel, Tysoe J.A. noted that there was no evidence that TELUS had ever promised not to apply for a stay of proceedings. Nor had it done anything in the course of the proceedings that would constitute a "step in the proceedings" within the meaning of s. 15(1) of the *CAA* and would accordingly bar it from applying for a stay. Moreover, TELUS applied for a stay only after *Dell* and *Rogers* had cast doubt on the correctness of *MacKinnon 2004*. And it did so promptly after their release.

[81] Finally, in considering whether the arbitration agreement covered the pre-February 2003 claims, Tysoe J.A. noted that this issue involved the determination of a number of factual matters. As a result, it did not fall within either of the exceptions to the applicability of the competence-competence principle identified in *Dell* and therefore had to be resolved at first instance by the arbitrator. Tysoe J.A. therefore allowed TELUS's appeal and stayed Ms. Seidel's proposed class action in its entirety.

la possibilité d'invoquer la préclusion découlant d'une question déjà tranchée; et (3) celle de savoir si la clause d'arbitrage visait les demandes de M<sup>me</sup> Seidel antérieures à février 2003, car on n'a pas pu trouver de contrat conclu auparavant par les parties.

[79] Le juge Tysoe a rejeté l'argument voulant que la *BPCPA* confère des droits aux membres du groupe éventuel et que ces droits ne puissent faire l'objet d'une renonciation en raison de l'art. 3. Plus précisément, à son avis, le par. 10(2) confère des droits, avantages ou protections uniquement à l'égard des prêts hypothécaires, et le par. 172(1) dispose simplement que les réparations prévues par cette disposition doivent être sollicitées à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Le paragraphe 172(1) n'écarte pas explicitement la compétence de l'arbitre et il ne peut donc rendre inopérante la convention d'arbitrage intervenue entre M<sup>me</sup> Seidel et TELUS.

[80] En ce qui concerne la possibilité d'invoquer la préclusion, le juge Tysoe a fait remarquer que rien ne démontrait que TELUS avait à quelque moment que ce soit promis de ne pas demander la suspension des procédures. À ce jour, elle n'a pas non plus, dans le cadre de la procédure, [TRADUCTION] « agi dans l'instance » au sens du par. 15(1) de la *CAA*, ce qui l'aurait empêché de présenter une demande de suspension. De plus, ce n'est qu'après le prononcé des arrêts *Dell* et *Rogers* — qui jettent tous deux un doute sur le bien-fondé de *MacKinnon 2004* — que TELUS a présenté sa demande de suspension. Et elle l'a fait avec célérité.

[81] Enfin, le juge Tysoe a souligné, au moment de déterminer si la convention d'arbitrage visait les demandes antérieures à février 2003, que ce point soulève un certain nombre de questions factuelles. Par conséquent, il ne tombe pas sous le coup de l'une ou l'autre des exceptions à l'applicabilité du principe de compétence-compétence exposées dans *Dell*, et il s'agit ainsi d'une question devant d'abord être tranchée par l'arbitre. Le juge Tysoe a donc accueilli l'appel de TELUS et suspendu le recours collectif projeté de M<sup>me</sup> Seidel dans sa totalité.



### III. Analysis

#### A. *The Issues*

[82] In the courts below, the parties' arguments were firmly focussed on one main issue, namely:

- (1) whether the competence-competence principle is incorporated into the law of British Columbia by virtue of the stay provision — s. 15 of the CAA — and if so, whether judicial proceedings, including class proceedings, should be stayed where the parties have signed an agreement to arbitrate unless the narrow exceptions in *Dell* apply.

A second issue was raised almost incidentally:

- (2) whether an arbitration clause in an agreement for mobile phone services constitutes an impermissible waiver of rights, benefits or protections provided for in the *BPCPA*.

In this Court, it is this second issue that has come to the forefront. It constitutes a question of law that, pursuant to the exception in *Dell*, should be considered in the first instance by a court rather than the arbitrator. Consequently, it will be necessary to resolve both these issues in these reasons.

#### B. *Positions of the Parties*

##### (1) The Appellant, Ms. Seidel

[83] Ms. Seidel argues that the CAA was never intended to apply to consumer disputes; rather, its purpose was to regulate domestic commercial relationships between business persons operating at arm's length in the province. By contrast, the CPA is intended to make class proceedings available in situations in which actions are ordinarily brought only on an individual basis, and its express purpose is to foster access to justice.

### III. Analyse

#### A. *Questions en litige*

[82] Devant les juridictions inférieures, les parties ont concentré leurs arguments respectifs d'abord et avant tout sur une question importante :

- (1) le principe de compétence-compétence a-t-il été incorporé au droit de la Colombie-Britannique en raison de la disposition de l'art. 15 de la CAA portant suspension de l'instance et, dans l'affirmative, y a-t-il lieu de suspendre les actions en justice, notamment les recours collectifs, lorsque les parties ont signé une convention d'arbitrage, à moins que les exceptions restreintes établies dans *Dell* ne s'appliquent?

On a soulevé de manière presque incidente une deuxième question :

- (2) une clause d'arbitrage figurant dans un contrat de services de téléphonie cellulaire constitue-t-elle une renonciation interdite aux droits, avantages ou protections conférés par la *BPCPA*?

C'est la deuxième question qui est au centre des débats devant notre Cour. Il s'agit d'une question de droit qui, selon l'exception établie dans *Dell*, doit d'abord être tranchée par un tribunal plutôt que par un arbitre. Il faut donc trancher ces deux questions dans les présents motifs.

#### B. *Positions des parties*

##### (1) L'appelante M<sup>me</sup> Seidel

[83] M<sup>me</sup> Seidel prétend que la CAA n'a jamais été conçue pour s'appliquer aux litiges de consommation. Elle a plutôt visé à réglementer les relations commerciales établies dans la province entre gens d'affaires sans lien de dépendance. Par contre, la CPA vise à permettre l'exercice de recours collectifs dans des cas où les poursuivants agissent habituellement sur une base individuelle. Il est clair que son objet avoué est de favoriser l'accès à la justice.

[84] Ms. Seidel argues that the Court of Appeal's approach in *MacKinnon 2004* establishes the proper framework, as it allows both statutes to operate and to achieve their objectives. If the British Columbia legislature had intended to exclude arbitration proceedings from the "preferable procedure" analysis required by s. 4(1)(d) of the *CPA*, it would surely have done so expressly. In comparison with the provinces that have explicitly legislated against the inclusion in consumer agreements of arbitration clauses and clauses prohibiting participation in class proceedings, British Columbia has simply taken a different approach. But the effect of the Court of Appeal's decision in *MacKinnon 2009* was to exclude, from the outset, the possibility of certifying a proceeding as a class proceeding if it concerns a dispute subject to an arbitration agreement. The Court of Appeal has also disregarded some significant policy arguments which suggest that arbitration is not an effective forum for remedying consumer claims, particularly when there are a large number of claims of low or nominal value.

[85] Furthermore, Ms. Seidel argues, the Court of Appeal's conclusion that *Dell* applies is premised on two false assumptions. The first is that the laws of Quebec and British Columbia respecting arbitration and class proceedings are sufficiently similar. The second is that legislation dealing with procedural rights is subordinate to legislation dealing with substantive rights. Finally, on the issue of the waiver of rights under the *BPCPA*, Ms. Seidel argues that a person's rights under the Act include the substantive right to bring an action in the British Columbia Supreme Court under s. 172 for declarations and for injunctive relief. These are remedies that only a court can grant. An approach pursuant to which a consumer subject to an arbitration agreement would be required to have an arbitrator determine whether the *BPCPA* has been breached before being entitled to proceed to court to obtain declaratory or injunctive relief would strip the *BPCPA* of its legislative force, and achieving its objectives would become impossible.

[84] M<sup>me</sup> Seidel soutient que l'approche de la Cour d'appel dans *MacKinnon 2004* établit la voie à suivre, puisqu'elle permet l'application des deux lois et la réalisation de leurs objectifs. Si la législature de la Colombie-Britannique avait voulu exclure l'arbitrage de l'analyse relative au critère de la [TRADUCTION] « meilleure procédure » prévu à l'al. 4(1)d de la *CPA*, elle l'aurait sans doute fait explicitement. Contrairement aux provinces qui ont expressément interdit l'insertion de clauses d'arbitrage et de clauses visant à interdire les recours collectifs dans les contrats de consommation, la Colombie-Britannique a simplement adopté une approche différente. Toutefois, la décision de la Cour d'appel dans *MacKinnon 2009* a exclu d'emblée la possibilité d'autoriser en tant que recours collectif une instance portant sur un litige visé par une convention d'arbitrage. Elle fait également fi de certaines considérations de principe importantes, qui mettaient en doute l'efficacité de l'arbitrage pour résoudre des litiges de consommation, particulièrement lorsqu'ils concernent un grand nombre de demandes pécuniaires peu élevées ou minimes.

[85] De plus, M<sup>me</sup> Seidel prétend que la Cour d'appel s'est appuyée sur deux prémisses erronées pour conclure que *Dell* s'applique en Colombie-Britannique : tout d'abord, les lois du Québec et de la Colombie-Britannique régissant l'arbitrage et les recours collectifs sont suffisamment semblables; puis, une loi relative à des droits procéduraux est subordonnée à une loi relative à des droits substantiels. Enfin, quant à la question de la renonciation à des droits accordés par la *BPCPA*, M<sup>me</sup> Seidel soutient que cette loi confère notamment à toute personne le droit substantiel d'intenter, devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, une action en vertu de l'art. 172 en vue d'obtenir un jugement déclaratoire et une injonction. Il s'agit de mesures de réparation que seul un tribunal judiciaire peut accorder. Toute approche exigeant que le consommateur visé par une convention d'arbitrage demande en premier lieu à un arbitre de déterminer s'il y a eu infraction à la *BPCPA*, avant d'être autorisé à se pourvoir devant un tribunal judiciaire pour obtenir un jugement déclaratoire ou une injonction, priverait la loi de son effet et empêcherait la réalisation de ses objectifs.

(2) The Respondent, TELUS

[86] TELUS asks this Court to adopt the reasoning in *MacKinnon 2009* as a correct statement of the law in British Columbia. The overarching principle from *Dell*, that a court may rule first on the arbitrator's jurisdiction only if there is a pure legal issue or an issue of mixed fact and law that can be expeditiously decided by the court on a minimal evidentiary record, also applies in British Columbia. The presence of an arbitration agreement precludes a court from considering the certification of the proposed class action and mandates the granting of the stay under s. 15 of the CAA, provided that the narrow exception from *Dell* does not apply. Unless this Court were to hold that a standard form contract cannot establish a substantive right to arbitration or that arbitration clauses are inherently unfair to consumers, an agreement to arbitrate cannot be supplanted by the procedural right to commence a class action. Taking any necessary action and assessing Ms. Seidel's policy concerns with respect to the use of arbitration clauses in consumer agreements are matters best left to the legislature, which is in a better position to balance competing policies and objectives.

[87] TELUS argues that the arbitration clause does not constitute a waiver of rights, benefits or protections under the *BPCPA* and therefore does not offend s. 3 of the Act. The clause simply provides that it is an arbitrator, and not the court, who determines in the first instance whether the *BPCPA* has been breached. Moreover, the arbitrator has the authority to order the same relief as could a court. Ms. Seidel therefore does not lose any of the substantive rights, benefits or protections provided for in the *BPCPA* by having her dispute with TELUS resolved by way of arbitration. If the legislature intends to exclude arbitration as an appropriate forum for dispute resolution in a particular case, it must do so expressly.

(2) L'intimée TELUS

[86] TELUS demande à notre Cour de reconnaître que le raisonnement adopté dans *MacKinnon 2009* exprime exactement l'état du droit en Colombie-Britannique. Le principe général posé dans *Dell*, selon lequel un tribunal judiciaire ne se prononce le premier sur la compétence de l'arbitre que si une question de droit pure ou une question mixte de fait et de droit pouvant être tranchée de façon expéditive à la lumière d'un dossier de preuve limité est en jeu, s'applique également en Colombie-Britannique. En présence d'une convention d'arbitrage, les tribunaux judiciaires ne peuvent examiner une demande d'autorisation d'un recours collectif et ils sont tenus d'ordonner la suspension des procédures en application de l'art. 15 de la CAA si l'exception stricte établie dans *Dell* ne s'applique pas. À moins que notre Cour ne conclue qu'un contrat type ne peut donner naissance au droit substantiel de recourir à l'arbitrage, ou que les clauses d'arbitrage sont intrinsèquement inéquitables pour les consommateurs, une convention d'arbitrage ne peut être écartée par le droit procédural d'intenter un recours collectif. Il vaut mieux laisser à la législature, mieux placée pour concilier les politiques et les objectifs contradictoires, le soin de prendre les mesures qui s'imposent et celui d'apprécier les considérations de principe que soulève M<sup>me</sup> Seidel à propos de l'emploi de clauses d'arbitrage dans les contrats de consommation.

[87] TELUS ajoute que la convention d'arbitrage ne constitue pas une renonciation à des droits, avantages ou protections conférés par la *BPCPA*, et qu'elle ne viole donc pas l'art. 3 de cette loi. La clause prévoit simplement qu'il revient à un arbitre, et non à un tribunal judiciaire, de déterminer le premier si la *BPCPA* a été respectée. De plus, l'arbitre possède le pouvoir d'accorder les mesures de réparation qu'accorderait un tribunal judiciaire. M<sup>me</sup> Seidel ne perd donc aucun des droits, avantages ou protections substantiels prévus à la *BPCPA* en soumettant à l'arbitrage le différend qui l'oppose à TELUS. Si la législature souhaite exclure l'arbitrage des mécanismes de règlement des différends dans des cas particuliers, elle doit le faire explicitement.

[88] Before we deal with this last argument, it will be necessary to resolve the issue that was the primary focus of argument in the courts below: whether the competence-competence principle applies in British Columbia law.

C. *Evolution of Arbitration in British Columbia and the Competence-Competence Principle*

[89] Canadian courts, both in Quebec and in the common law jurisdictions, have endorsed the use of arbitration as a dispute resolution mechanism and now encourage its use (*Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 SCC 17, [2003] 1 S.C.R. 178, at para. 38). This was not always the case, however, as the courts originally displayed overt hostility to arbitration, effectively treating it as a second-class method of dispute resolution. As J. B. Casey and J. Mills observe in *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure* (2005):

Judicial hostility to “lesser” tribunals, and the lack of a modern legislative framework, inhibited the growth of arbitration in Canada, particularly relative to European countries. Until the 1990’s, commercial arbitration in Canada was not regarded as a real substitute for the courts and the provinces were slow to recognize any distinction between domestic arbitration and international arbitration. [pp. 2-3]

This hostility originated in the English common law (see, e.g., *Horton v. Sayer* (1859), 4 H. & N. 643, 157 E.R. 993; *Lee v. Page* (1861), 30 L.J. Ch. (N.S.) 857; *Edwards v. Aberayron Mutual Ship Insurance Society Ltd.* (1876), 1 Q.B.D. 563; *Doleman & Sons v. Ossett Corp.*, [1912] 3 K.B. 257).

[90] In the early cases on arbitration, the courts displayed a distinct attitude that arbitration agreements, the purported effect of which was to oust the jurisdiction of the courts, were void on grounds of public policy. If, however, the agreement merely stipulated — in what became known as a *Scott v. Avery* clause — that arbitration was a condition

[88] Avant de traiter de l’argument qui précède, il faut régler la question qui a été au cœur du débat devant les juridictions inférieures, celle de savoir si le principe de compétence-compétence s’applique en droit de la Colombie-Britannique.

C. *Évolution de l’arbitrage en Colombie-Britannique et du principe de compétence-compétence*

[89] Les tribunaux canadiens, au Québec comme dans les provinces de common law, ont admis le recours à l’arbitrage en tant que mécanisme de règlement des différends. Aujourd’hui, ils encouragent même son utilisation (*Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178, par. 38). Toutefois, il n’en a pas toujours été ainsi. En effet, les tribunaux canadiens, dans un premier temps, s’étaient montrés ouvertement hostiles à l’arbitrage, qu’ils considéraient comme un mécanisme de résolution des différends de deuxième ordre. Comme J. B. Casey et J. Mills l’ont fait remarquer dans l’ouvrage intitulé *Arbitration Law of Canada : Practice and Procedure* (2005) :

[TRADUCTION] L’hostilité judiciaire à l’égard des tribunaux « inférieurs » et l’absence de cadre législatif moderne a freiné l’évolution de l’arbitrage au Canada, surtout en comparaison des pays européens. Au Canada, jusqu’en 1990, l’arbitrage commercial n’a pas été considéré comme une véritable solution de rechange aux tribunaux judiciaires, et les provinces ont mis du temps à établir des distinctions entre l’arbitrage interne et l’arbitrage international. [p. 2-3]

Cette hostilité à l’égard de l’arbitrage provient de l’ancienne common law anglaise (voir à titre d’exemple *Horton c. Sayer* (1859), 4 H. & N. 643, 157 E.R. 993; *Lee c. Page* (1861), 30 L.J. Ch. (N.S.) 857; *Edwards c. Aberayron Mutual Ship Insurance Society Ltd.* (1876), 1 Q.B.D. 563; *Doleman & Sons c. Ossett Corp.*, [1912] 3 K.B. 257).

[90] Dans la jurisprudence plus ancienne en matière d’arbitrage, les tribunaux judiciaires expriment ouvertement l’opinion voulant que les conventions d’arbitrage, destinées à écarter leur compétence, soient frappées de nullité pour des motifs liés à l’ordre public. Toutefois, une convention stipulant simplement que l’arbitrage était une

precedent to bringing a court action, the court's jurisdiction was not ousted and the agreement would be valid (*Scott v. Avery* (1856), 5 H.L.C. 811, 10 E.R. 1121; see also, e.g., *Johnston v. Western Assurance Co.* (1879), 4 O.A.R. 281; *Nolan v. Ocean, Accident and Guarantee Corp.* (1903), 5 O.L.R. 544 (Div. Ct.); *Cayzer, Irvine and Co. v. Board of Trade*, [1927] 1 K.B. 269, at p. 293; *Brand v. National Life Assurance Co.* (1918), 44 D.L.R. 412 (Man. K.B.); *Altwasser v. Home Insurance Co. of New York*, [1933] 2 W.W.R. 46 (Sask. C.A.); *Re Rootes Motors (Canada) Ltd. and Wm. Halliday Contracting Co.*, [1952] 4 D.L.R. 300 (Ont. H.C.J.); *Deuterium of Canada Ltd. v. Burns & Roe of Canada Ltd.* (1970), 15 D.L.R. (3d) 568 (N.S.S.C.), rev'd (1971), 21 D.L.R. (3d) 568 (N.S.S.C. App. Div.), aff'd [1975] 2 S.C.R. 124; *Procon (Great Britain) Ltd. v. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565, at p. 567).

[91] The clearest articulation of why the courts considered arbitration agreements to be contrary to public policy is found in the following passage from *Brand*:

From the earliest times both common law and equity courts have recognized and given effect to the principle that parties cannot, by contract, oust the courts of their jurisdiction, and that a provision to refer any dispute which might arise, not to the ordinary tribunals, but to some forum of their own selection, could not be pleaded in bar to an action upon the contract. . . .

At one time it was supposed that the principle underlying these decisions was that an agreement to prevent the enforcement of a cause of action through the medium of the ordinary tribunals of the country was void as contrary to public policy, and indeed expressions to that effect may be found in the reports of cases of comparatively recent date . . . .

The true ground for holding that the jurisdiction of the courts cannot be ousted by an agreement between parties is that the courts derive their jurisdiction either from the statute or common law, and no mere contract

condition préalable à l'introduction d'une action en justice — ce que l'on a subséquentement appelé la clause *Scott c. Avery* — signifiait que le tribunal judiciaire n'était pas privé de sa compétence et que la convention d'arbitrage restait valide (*Scott c. Avery* (1856), 5 H.L.C. 811, 10 E.R. 1121; voir à titre d'exemple *Johnston c. Western Assurance Co.* (1879), 4 O.A.R. 281; *Nolan c. Ocean, Accident and Guarantee Corp.* (1903), 5 O.L.R. 544 (C. div.); *Cayzer, Irvine and Co. c. Board of Trade*, [1927] 1 K.B. 269, p. 293; *Brand c. National Life Assurance Co.* (1918), 44 D.L.R. 412 (B.R. Man.); *Altwasser c. Home Insurance Co. of New York*, [1933] 2 W.W.R. 46 (C.A. Sask.); *Re Rootes Motors (Canada) Ltd. and Wm. Halliday Contracting Co.*, [1952] 4 D.L.R. 300 (H.C.J. Ont.); *Deuterium of Canada Ltd. c. Burns & Roe of Canada Ltd.* (1970), 15 D.L.R. (3d) 568 (C.S.N.-É.), inf. par (1971), 21 D.L.R. (3d) 568 (C.S.N.-É. (Div. app.)), conf. par [1975] 2 R.C.S. 124; *Procon (Great Britain) Ltd. c. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565, p. 567).

[91] L'extrait suivant, tiré de l'arrêt *Brand*, illustre le plus clairement les motifs pour lesquels les tribunaux tenaient les conventions d'arbitrage pour contraires à l'ordre public :

[TRADUCTION] De tout temps, tant les tribunaux de common law que les tribunaux d'équity ont reconnu et donné effet au principe que les parties ne peuvent par contrat priver les cours de justice de leur compétence, et qu'une clause prévoyant le renvoi d'un éventuel différend, non pas aux tribunaux de droit commun, mais à un organisme de leur choix, ne peut être invoqué pour contrer une action fondée sur le contrat. . . .

À une certaine époque, on a cru que le principe sur lequel reposaient ces décisions voulait qu'une convention visant à empêcher une partie de faire valoir une cause d'action devant les tribunaux de droit commun du pays était nulle parce que contraire à l'ordre public, et d'ailleurs de nombreuses décisions relativement récentes expriment cette opinion . . . .

Le véritable motif qui sous-tend l'idée que les tribunaux ne peuvent être privés de compétence par une entente tient au fait qu'ils tirent leur compétence d'une loi ou de la common law, et qu'un simple contrat *inter*

*inter partes* can take away that which the law has conferred. [pp. 414-15]

[92] This hostility towards arbitration animated the courts' approach in applications to stay proceedings in the face of arbitration agreements:

While the Courts are guided by the principle that persons who make an agreement for arbitration should be bound by its terms, they do not lose sight of the principle that the jurisdiction of the Courts is not to be ousted by agreement between the parties; and in cases where it is thought better that the matters at issue should be decided by the Courts rather than by arbitration, the action is allowed to proceed and a stay of proceedings is refused.

(*Altwasser*, at p. 50)

[93] Not only were the courts overtly hostile to any mechanism that would oust their jurisdiction to hear and resolve disputes, they were also sceptical that arbitration was really more efficient or effective than a traditional judicial proceeding:

One cannot but wonder about the efficacy of arbitration as a means of settling disputes of this kind. The present case occupied a great deal of time before the Board and before the two Courts. Costs are bound to be heavy. It would appear that the *Arbitration Act*, R.S.B.C. 1948, c. 16 instead of affording a quick, easy and cheap method of settlement provides one longer, more difficult and more expensive in the elucidation of matters such as these.

(*Vancouver v. Brandram-Henderson of B.C. Ltd.* (1959), 18 D.L.R. (2d) 700 (B.C.C.A.), at p. 705, *per* Sidney Smith J.A.)

In short, in the early cases on arbitration, the courts were "very jealous of their jurisdiction" and did not look "with favour upon efforts of the parties to oust it by agreement" (*Re Rootes*, at p. 304).

[94] The best example of this hostility can perhaps be found in this Court's decision in *National Gypsum Co. v. Northern Sales Ltd.*, [1964] S.C.R. 144. In an agreement signed in New York, National

*partes* ne saurait annihiler un pouvoir légal. [p. 414-415]

[92] Cette hostilité envers l'arbitrage a influé sur la façon dont les cours de justice ont abordé les demandes de suspension de procédures fondées sur l'existence d'une convention d'arbitrage :

[TRADUCTION] Bien que les tribunaux judiciaires prennent en compte le principe suivant lequel les personnes qui conviennent de recourir à l'arbitrage devraient être tenues de respecter l'entente intervenue, ils ne perdent pas de vue le principe selon lequel la compétence des cours de justice ne peut être écartée par entente entre les parties, et dans les cas où il semble préférable que le litige soit tranché par les tribunaux judiciaires plutôt que dans le cadre d'un arbitrage, l'action suit son cours et la demande de suspension est rejetée.

(*Altwasser*, p. 50)

[93] Les tribunaux ne se sont pas seulement montrés ouvertement hostiles à tout mécanisme qui écartait leur compétence d'instruire et de trancher les litiges : ils ont aussi exprimé leur scepticisme au sujet de l'efficacité réelle de l'arbitrage par rapport à l'action en justice traditionnelle :

[TRADUCTION] On ne peut que douter de l'efficacité de l'arbitrage pour résoudre des différends de cette nature. Le conseil arbitral et les deux cours ont consacré beaucoup de temps à la présente affaire. Le processus a nécessairement été coûteux. Il semble que l'*Arbitration Act*, R.S.B.C. 1948, ch. 16, prévoit, au lieu d'un mécanisme de règlement rapide, simple et peu coûteux, un mécanisme plus long, plus difficile et plus onéreux pour résoudre des affaires de cette nature.

(*Vancouver c. Brandram-Henderson of B.C. Ltd.* (1959), 18 D.L.R. (2d) 700 (C.A.C.-B.), p. 705, le juge Sidney Smith)

Bref, dans la jurisprudence plus ancienne en matière d'arbitrage, les tribunaux judiciaires se montraient [TRADUCTION] « très jaloux de leur compétence » et n'accueillaient pas « favorablement les efforts des parties visant à l'écartier par contrat » (*Re Rootes*, p. 304).

[94] L'arrêt de notre Cour *National Gypsum Co. c. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144, illustre peut-être le mieux cette hostilité. Dans une entente signée à New York, National Gypsum s'était

Gypsum had undertaken that its vessel would travel to Montreal to pick up a load of wheat. The vessel failed to do so, and Northern Sales alleged that, as a result, it was unable to ship wheat it had contracted to deliver. Northern Sales sued for breach of contract. The agreement provided that any disputes were to be resolved by way of arbitration in New York. The issue before the Court was whether the agreement to arbitrate could be enforced under Quebec law.

[95] The current provisions of the *CCP* were not in force at the time, and the rules regarding the jurisdiction of the courts in arbitration matters had not been codified. In cases in which the jurisdiction of the courts was challenged, that jurisdiction was defined on the basis of art. 13 of the *Civil Code of Lower Canada*, which provided that “[n]o one can by private agreement, validly contravene the laws of public order and good morals”, and what was then art. 94 of the *CCP*, which governed the place where an action to claim a sum of money could be instituted. The Court endorsed the Quebec jurisprudence on this subject, as established in *Vinette Construction Ltée. v. Dobrinsky*, [1962] B.R. 62, and *Gordon and Gotch (Australasia) Ltd. v. Montreal Australia New Zealand Line Ltd.* (1940), 68 B.R. 428, and held that the undertaking to arbitrate was contrary to public policy.

[96] These decisions reflected the view that only courts were capable of granting remedies for legal disputes and that, as a result, any effort by the parties to a dispute to contract in such a way as to oust the courts’ jurisdiction was, in itself, contrary to public policy, regardless of the nature of the substantive legal issues in a given case.

[97] In *Zodiak International Productions Inc. v. Polish People’s Republic*, [1983] 1 S.C.R. 529, the Court, in reasons written by Chouinard J., distanced itself from the approach taken in *National Gypsum* and *Vinette* and, in so doing, advanced a more positive view of arbitration. Rather than viewing arbitration as a potential threat to the administration of

engagée à ce que son navire se rende à Montréal pour prendre une cargaison de blé, ce qui n’a pas été fait. Northern Sales a allégué qu’elle n’avait donc pas été en mesure d’expédier le blé comme elle l’avait promis. Elle a intenté une action pour rupture de contrat. L’entente prévoyait que tout différend serait soumis à l’arbitrage à New York. La question qui se posait devant notre Cour était celle de savoir s’il était possible de soumettre, conformément à l’entente, l’affaire à l’arbitrage en vertu de la législation québécoise.

[95] Les dispositions actuelles du *Cpc* n’étaient pas en vigueur à l’époque, et les règles relatives à la compétence des tribunaux en matière d’arbitrage n’avaient pas été codifiées. En cas de contestation de la compétence des tribunaux, celle-ci était déterminée sur la base de l’art. 13 du *Code civil du Bas Canada*, qui prévoyait qu’« [o]n ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l’ordre public ou les bonnes mœurs », ainsi de ce qui était alors l’art. 94 du *Cpc*, qui déterminait la juridiction compétente pour instruire un recours pécuniaire. La Cour a alors approuvé la jurisprudence québécoise dans ce domaine qui avait été confirmée dans *Vinette Construction Ltée. c. Dobrinsky*, [1962] B.R. 62, et *Gordon and Gotch (Australasia) Ltd. c. Montreal Australia New Zealand Line Ltd.* (1940), 68 B.R. 428, et jugé que la clause compromissaire était contraire à l’ordre public.

[96] Selon ces décisions, seuls les tribunaux judiciaires peuvent prononcer les ordonnances requises pour régler des litiges d’ordre juridique. En conséquence, toute tentative des parties à un litige d’écarter dans leur contrat la compétence des tribunaux judiciaires violait l’ordre public de ce seul fait, sans égard à la nature des questions de droit substantiel alors en jeu.

[97] Dans *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People’s Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529, par la voix du juge Chouinard, notre Cour s’est éloignée de l’approche retenue dans *National Gypsum* et *Vinette*. Elle a ainsi adopté une attitude plus favorable à l’arbitrage. Plutôt que de considérer l’arbitrage comme une menace potentielle

justice, and therefore contrary to public order, the Court was starting to see that it could be beneficial to the administration of justice.

[98] After *National Gypsum*, the Quebec legislature enacted art. 951 of the *CCP*:

951. An undertaking to arbitrate must be set out in writing.

When the dispute contemplated has arisen, the parties must execute a submission. If one of them refuses, and does not appoint an arbitrator, a judge of the court having jurisdiction makes such appointment and states the objects in dispute, unless the agreement itself otherwise provides.

Chouinard J. found in *Zodiak* that the effect of enacting art. 951 had been to overtake *Vinette* and *National Gypsum*:

The prevailing opinion since the coming into effect of the new *Code of Civil Procedure* is that the adoption of art. 951 in its present form sufficed to render the complete undertaking to arbitrate valid. The old *Code of Procedure* was silent as to the undertaking to arbitrate: it was not mentioned. The present situation is accordingly quite different from that prevailing when *Vinette Construction* (*supra*) and *National Gypsum* (*supra*) were rendered, decisions which some have suggested have become obsolete. [p. 538]

Citing with approval Gagnon J.A. in *Ville de Granby v. Désourdy Construction Ltée*, [1973] C.A. 971, Chouinard J. concluded that the enactment of art. 951 indicated an intention “to make a step forward” and that “it is the legislature, when it takes a position, who is the final arbiter in the matter” (p. 542).

[99] Recognizing how harmful the hostility shown by the courts might be to the modern development and maturation of arbitration in Canadian law, this Court stressed the value of commercial arbitration as a dispute resolution mechanism once again in *Sport Maska Inc. v. Zittreer*, [1988] 1 S.C.R. 564:

This lack of interest by our courts and academic commentators may be explained by the importance at

à l’administration de la justice et, donc, contraire à l’ordre public, elle a commencé à percevoir les avantages que cette procédure pourrait présenter.

[98] Après le prononcé de l’arrêt *National Gypsum*, la législature québécoise est intervenue en adoptant l’art. 951 du *Cpc* :

951. La clause compromissoire doit être constatée par écrit.

Lorsque le différend prévu est né, les parties doivent passer compromis. Si l’une d’elles s’y refuse, et ne nomme pas d’arbitre, il est procédé à cette nomination et à la désignation des objets en litige par un juge du tribunal compétent, à moins que la convention elle-même n’en ait décidé autrement.

Selon le juge Chouinard, dans *Zodiak*, l’art. 951 avait eu pour effet d’écarter les arrêts *Vinette* et *National Gypsum* :

L’opinion prépondérante qui a cours depuis l’entrée en vigueur du nouveau *Code de procédure civile*, est à l’effet que l’adoption de l’art. 951 dans sa forme actuelle suffit à consacrer la validité de la clause compromissoire parfaite. L’ancien *Code de procédure* était muet en ce qui concerne la clause compromissoire. Aucune mention n’en était faite. La situation est ainsi bien différente de celle qui prévalait au moment où ont été rendus les arrêts *Vinette Construction* (précité) et *National Gypsum* (précité) qui, a-t-il été écrit, sont devenus caducs. [p. 538]

Citant avec approbation les propos tenus par le juge Gagnon dans *Ville de Granby c. Désourdy Construction Ltée*, [1973] C.A. 971, le juge Chouinard a conclu qu’en édictant l’art. 951, le législateur a dit vouloir « faire un pas en avant » et que « c’est le législateur, lorsqu’il prend position, qui est le juge ultime en la matière » (p. 542).

[99] Toujours consciente des risques pour le développement et l’arrivée à maturité — dans un contexte contemporain — de l’arbitrage en droit canadien, notre Cour a de nouveau souligné la valeur de l’arbitrage commercial comme mécanisme de résolution des conflits dans *Sport Maska Inc. c. Zittreer*, [1988] 1 R.C.S. 564 :

Ce peu d’intérêt de notre jurisprudence et notre doctrine s’expliquent possiblement par la grande place



the time of the debate on the validity of the undertaking to arbitrate, a matter settled by this Court in *Zodiak*, *supra*. This long period of legal uncertainty did nothing to encourage the use of this method of settling disputes. [p. 598]

More recently, the Court again recognized “the existence and legitimacy of the private justice system” of arbitration in *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401, at para. 38.

[100] Lower courts across Canada swiftly followed this Court’s lead in accepting and endorsing arbitration as a legitimate dispute resolution mechanism, and this shift in attitude clearly took root. The following passage from the reasons of Campbell J. in *Boart Sweden AB v. NYA Stromnes AB* (1988), 41 B.L.R. 295 (Ont. H.C.J.), is often cited as an example of this shift:

Public policy carries me to the consideration which I conclude is paramount having regard to the facts of this case, and that is the very strong public policy of this jurisdiction that where parties have agreed by contract that they will have the arbitrators decide their claims, instead of resorting to the Courts, the parties should be held to their contract. [pp. 302-3]

See also, *Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corp.* (1994), 12 B.L.R. (2d) 132 (Ont. C.A.), *per* Austin J.A. (international arbitration); *BWV Investments Ltd. v. Saskferco Products Inc.* (1994), 125 Sask. R. 286 (C.A.), *per* Gerwing J.A. (international arbitration); *Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.*, [1991] 1 W.W.R. 219 (B.C.C.A.), *per* Hutcheon J.A., concurring (international arbitration); *Burlington Northern Railroad Co. v. Canadian National Railway Co.* (1995), 59 B.C.A.C. 97, *per* Cumming J.A., dissenting, whose view was upheld by this Court ([1997] 1 S.C.R. 5) (domestic arbitration); *Condominiums Mont St-Sauveur Inc. v. Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.), *per* Monet J.A. (domestic arbitration).

[101] In the instant case, our colleague’s reasons appear to embrace the pre-*Zodiak* undercurrent of

occupée à l’époque par le débat portant sur la validité de la clause compromissoire, débat réglé par cette Cour dans l’arrêt *Zodiak*, précité. Cette longue incertitude juridique n’était certes pas de nature à favoriser le recours à ce mode de règlement des différends. [p. 598]

Plus récemment, notre Cour a encore une fois reconnu « la légitimité et [. . .] la présence de la justice privée », à savoir l’arbitrage, dans *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401, par. 38.

[100] Les tribunaux d’instance inférieure du pays n’ont pas tardé à suivre l’exemple de notre Cour. Ils ont accepté et reconnu la légitimité de l’arbitrage comme mécanisme de règlement des différends. Ce changement d’attitude a manifestement pris racine. Le passage suivant tiré des motifs du juge Campbell dans *Boart Sweden AB c. NYA Stromnes AB* (1988), 41 B.L.R. 295 (H.C.J. Ont.), est fréquemment cité pour illustrer ce changement d’attitude :

[TRADUCTION] L’intérêt public m’amène à une considération que j’estime primordiale au vu des faits de l’espèce, à savoir l’importance de cette compétence du point de vue de l’ordre public tenant au fait que, lorsque les parties ont convenu par contrat que leurs différends seraient soumis à un arbitre plutôt qu’à une cour de justice, elles devraient être tenues de respecter leur contrat. [p. 302-303]

Voir également *Automatic Systems Inc. c. Bracknell Corp.* (1994), 12 B.L.R. (2d) 132 (C.A. Ont.), le juge Austin (arbitrage international); *BWV Investments Ltd. c. Saskferco Products Inc.* (1994), 125 Sask. R. 286 (C.A.), le juge Gerwing (arbitrage international); *Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.*, [1991] 1 W.W.R. 219 (C.A.C.-B.), le juge Hutcheon, motifs concordants (arbitrage international); *Burlington Northern Railroad Co. c. Canadian National Railway Co.* (1995), 59 B.C.A.C. 97, le juge Cumming, dont l’opinion dissidente a été confirmée par [1997] 1 R.C.S. 5 (arbitrage national); *Condominiums Mont St-Sauveur Inc. c. Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.), le juge Monet (arbitrage national).

[101] Dans ses motifs en l’espèce, notre collègue semble se joindre au courant d’hostilité vis-à-vis

hostility towards arbitration. Though Binnie J. does not take issue with our approach to the competence-competence principle, his reading of the relevant provisions of the *BPCPA* exhibits the same reluctance to fully accept arbitration as a legitimate form of dispute resolution that permeated the older jurisprudence. His hostility towards arbitration is now couched as an exercise in statutory interpretation of the *BPCPA*. Although Chouinard J. pointed out in *Zodiak* that the statutory interpretations adopted in *Vinette* and *National Gypsum* were misguided, our colleague's view appears to revive this outdated approach exemplified by the comment of Casey J.A. of the Quebec Court of Appeal in *Vinette*:

The right to apply to the Courts for relief is one of the cornerstones of our legal system. Its importance cannot be exaggerated nor can any threat to its existence be tolerated . . . . If this be allowed to happen those who accept the clause today will have it imposed on them tomorrow. For this reason its use is contrary to the public interest: and this is why it offends against art. 13 C.C. [pp. 68-69]

Respectfully, Binnie J.'s approach to interpreting the *BPCPA* neglects the broader contextual backdrop in which legislatures and courts have progressively come to encourage the use of alternative dispute resolution, including arbitration.

[102] Since *Zodiak*, there is a consistent trend that leads in one direction only: “. . . Canadian courts have indicated their willingness to stay court proceedings in favour of arbitrations where either the domestic or international Acts apply, and will no longer ‘jealously guard its jurisdiction against encroachment by arbitration’” (Casey and Mills, at pp. 228-29). See also the comments of L. Yves Fortier, in “Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: ‘Beware, My Lord, of Jealousy’” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 143, at pp. 143-45. More importantly, the courts have gone from avoiding arbitration, and seeing it as contrary to public order and the proper administration of justice, to

l'arbitrage qui précédait l'arrêt *Zodiak*. Le juge Binnie ne s'inscrit pas en faux contre notre point de vue sur le principe de compétence-compétence, mais il exprime, dans son interprétation des dispositions pertinentes de la *BPCPA*, la même réticence à accepter sans réserve l'arbitrage comme mécanisme légitime de règlement des différends que celle imprégnant l'ancienne jurisprudence. Son hostilité envers l'arbitrage s'exprime par son interprétation de la *BPCPA*. Bien que, dans *Zodiak*, le juge Chouinard ait souligné que les interprétations de la loi retenues dans *Vinette* et *National Gypsum* étaient malavisées, l'opinion de notre collègue semble redonner vie à ce point de vue désuet illustré par le commentaire ci-dessous du juge Casey, de la Cour d'appel du Québec, dans *Vinette* :

[TRADUCTION] Le droit de demander réparation aux tribunaux est une des pierres angulaires de notre système de justice. On ne saurait surestimer l'importance de ce droit, ni tolérer une menace à son existence [. . .] Si l'on permet que cela se produise, les personnes qui acceptent la clause aujourd'hui se la verront imposer demain. Le recours à cette clause est donc contraire à l'ordre public, et c'est pourquoi elle va à l'encontre de l'art. 13 du C.C. [p. 68-69]

Avec égards, l'interprétation donnée par le juge Binnie à la *BPCPA* fait abstraction du contexte plus général dans lequel les législatures et les tribunaux judiciaires en sont venus graduellement à encourager le recours aux modes amiables de règlement des litiges, y compris l'arbitrage.

[102] Depuis l'arrêt *Zodiak*, une tendance constante et unidirectionnelle s'est établie : [TRADUCTION] « . . . les tribunaux judiciaires canadiens se sont montrés disposés à ordonner la suspension d'instance jusqu'à l'issue d'un arbitrage lorsque la législation interne ou internationale s'applique, et ils ne s'attachent plus à “empêcher jalousement tout empiètement des tribunaux d'arbitrage” » (Casey et Mills, p. 228-229). Voir également les observations de L. Yves Fortier dans « Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power : “Beware, My Lord, of Jealousy” » (2001), 80 *R. du B. can.* 143, p. 143-145. Plus important encore, les cours de justice, qui cherchaient jadis à

embracing it as a legitimate vehicle for fostering access to justice.

[103] It is now settled that if a legislature intends to exclude arbitration as a vehicle for resolving a particular category of legal disputes, it must do so explicitly (*Desputeaux*, at para. 42). Arbitration in and of itself is no longer considered contrary to public order, and courts ought not to read in the exclusion of arbitration if the legislature has not clearly provided that it is to be excluded. Yet this is exactly the effect of the approach adopted by Binnie J.

[104] In British Columbia, the current approach to arbitration was adopted in 1986 with the enactment of the *Commercial Arbitration Act*, S.B.C. 1986, c. 3 (“1986 CAA”). The 1986 CAA replaced the *Arbitration Act*, R.S.B.C. 1979, c. 18, which had essentially remained unchanged since 1893. The new legislation was modelled primarily on the recommendations of a 1982 Law Reform Commission of British Columbia *Report on Arbitration* (“LRC Report”). In enacting it, British Columbia took a “leadership role” by being the first common law province to modernize its approach to arbitration (J. K. McEwan and L. B. Herbst, *Commercial Arbitration in Canada: A Guide to Domestic and International Arbitrations* (loose-leaf), at p. 1-10). However, the 1986 CAA stopped short of adopting the New York Convention and Model Law approaches to recognition and enforcement of arbitral awards that had been gaining prominence on the international stage, particularly the enumerated grounds on which a court could refuse to recognize and refuse to enforce arbitral awards.

[105] The 1986 version of s. 15 of the CAA, the stay provision, even incorporated the LRC Report’s preference for giving the court broad jurisdiction to refuse to grant a stay. Section 15 provided that court proceedings should continue in place of arbitration

éviter un arbitrage qu’elles considéraient contraire à l’ordre public et à la bonne administration de la justice, le voient aujourd’hui comme un moyen légitime de favoriser l’accès à la justice.

[103] Il est maintenant établi que, si une législature souhaite exclure la possibilité de recourir à l’arbitrage pour régler une catégorie donnée de litiges d’ordre juridique, elle doit le faire de manière explicite (*Desputeaux*, par. 42). On a cessé de considérer l’arbitrage, en tant que tel, comme contraire à l’ordre public. Les cours de justice doivent se garder de l’écarter lorsque la législature n’en a pas prescrit clairement l’exclusion. Mais l’approche du juge Binnie entraîne exactement cet effet.

[104] L’approche qui prévaut maintenant en Colombie-Britannique remonte à l’adoption en 1986 de la *Commercial Arbitration Act*, S.B.C. 1986, ch. 3 (« CAA de 1986 »). La CAA de 1986 a remplacé l’*Arbitration Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 18, qui était pour l’essentiel demeurée inchangée depuis 1893. La nouvelle loi s’inspirait principalement des recommandations du *Report on Arbitration* de la Law Reform Commission of British Columbia (« Rapport LRC ») daté de 1982. En édictant cette loi, la Colombie-Britannique a assumé un [TRADUCTION] « rôle de chef de file », puisqu’elle était la première province de common law à moderniser ses règles en matière d’arbitrage (J. K. McEwan et L. B. Herbst, *Commercial Arbitration in Canada : A Guide to Domestic and International Arbitrations* (feuilles mobiles), p. 1-10). Toutefois, le législateur s’est abstenu, dans la CAA de 1986, d’adopter l’orientation qui sous-tend la Convention de New York et la Loi type au sujet de la reconnaissance et de l’exécution des sentences arbitrales. Cette approche, tout particulièrement illustrée par la liste des motifs pour lesquels un tribunal pouvait refuser de reconnaître et d’exécuter les sentences arbitrales, occupait déjà une place grandissante sur la scène internationale.

[105] De fait, dans sa version de 1986, l’art. 15 de la CAA qui concerne la suspension d’instance exprimait le choix, arrêté dans le Rapport LRC, d’attribuer aux cours de justice un large pouvoir discrétionnaire de refuser une suspension d’instance.

if the court was satisfied that there was a “good reason” for doing so. “[G]ood reason” was defined expansively, as the court was authorized to consider: whether the matters in dispute were factually or legally complex; the comparative expense and delay associated with the two proceedings; whether other parties were affected by the dispute; and “any other matter the court considers significant”.

[106] Despite the fact that the LRC Report was based on a broad public consultation, “s. 15 had a rough landing” in *British Columbia* (C. J. Mingie, *British Columbia Commercial Arbitration — An Annotated Guide* (2004), at p. 37). Court decisions that addressed the issue of the s. 15 stay were inconsistent either with the Act itself or with each other (p. 37). Although this Court had begun to show support for arbitration legislation, the British Columbia courts did not always take a similar approach in considering the 1986 CAA.

[107] As a result, just two years after the 1986 CAA was first enacted, the legislature amended it to limit the power of the courts to intervene where the parties have agreed that a matter should be submitted to arbitration (*Miscellaneous Statutes Amendment Act (No. 2)*, 1988, S.B.C. 1988, c. 46, s. 11). More specifically, the legislature amended s. 15 to more closely reflect the wording of the New York Convention and art. 8 of the Model Law, and thereby limit the grounds upon which a court could refuse to grant a stay of proceedings (see Mingie, at p. 37; *Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113 (C.A.), *per* Hinkson J.A.).

[108] Masuhara J. in the B.C. Supreme Court below accepted the argument that although the *International Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 233, was modelled on the New

L'article 15 disposait que la procédure judiciaire et non la procédure arbitrale devait suivre son cours si le tribunal judiciaire était convaincu qu'un [TRADUCTION] « motif valable » justifiait qu'il en soit ainsi. Le terme « motif valable » a reçu une interprétation étendue, puisque le tribunal pouvait examiner la complexité, le cas échéant, des litiges sur le plan factuel ou juridique; le coût et les délais associés aux deux procédures; le fait que d'autres parties soient touchées ou non par le litige; ou « toute autre question que la cour estime pertinente ».

[106] Même si le Rapport LRC découlait de vastes consultations publiques, [TRADUCTION] « l'art. 15 a effectué un atterrissage brutal » selon C. J. Mingie, *British Columbia Commercial Arbitration — An Annotated Guide* (2004), p. 37. Les tribunaux ont rendu des décisions relatives à la suspension d'instance fondée sur l'art. 15 contradictoires, sinon incompatibles avec la Loi elle-même (p. 37). Bien que notre Cour ait déjà commencé à manifester son appui aux lois relatives à l'arbitrage, les tribunaux judiciaires de la Colombie-Britannique n'ont pas toujours emprunté une approche similaire dans l'examen de la CAA de 1986.

[107] Par conséquent, la législature a modifié la CAA de 1986 deux ans seulement après son édicition initiale pour limiter le pouvoir d'intervention des cours de justice dans les cas où les parties avaient convenu de soumettre un litige à l'arbitrage (*Miscellaneous Statutes Amendment Act (No. 2)*, 1988, S.B.C. 1988, ch. 46, art. 11). Plus particulièrement, la législature de la Colombie-Britannique a modifié l'art. 15 de façon à rapprocher son libellé de celui de la Convention de New York et de l'art. 8 de la Loi type. Elle a ainsi restreint les motifs justifiant le refus par un tribunal judiciaire de suspendre une instance (voir Mingie, p. 37; *Gulf Canada Resources Ltd. c. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113 (C.A.), le juge Hinkson).

[108] Le juge Masuhara, de la Cour suprême de la C.-B., a accepté l'argument selon lequel, à la différence de l'*International Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 233, la CAA ne s'est pas

York Convention and the Model Law, the CAA was not. And it was partly on this basis that he held that the competence-competence principle, according to which it is the arbitrator who must first consider the existence, validity and scope of the arbitration agreement, does not form part of the domestic arbitration law of British Columbia. The Court of Appeal rejected this argument in *MacKinnon 2009* and in the case at bar, but Ms. Seidel hopes to revive it in this Court.

[109] However, it is clear from a review of the current CAA that British Columbia's modern commercial arbitration legislation was in fact "influenced in part by the Model Law" (McEwan and Herbst, at p. 1-10, citing *Lawyers' Arbitration Letters: 1980-1989* (1990), at pp. 218-19). This review shows that the legislature intended to incorporate the competence-competence principle into the province's domestic arbitration legislation.

[110] Section 15 of the CAA, as amended in 1996, provides that a court must, if the parties have agreed that a matter should be submitted to arbitration, stay any legal proceeding brought in respect of that matter:

- 15 (1) If a party to an arbitration agreement commences legal proceedings in a court against another party to the agreement in respect of a matter agreed to be submitted to arbitration, a party to the legal proceedings may apply, before or after entering an appearance and before delivery of any pleadings or taking any other step in the proceedings, to that court to stay the legal proceedings.
- (2) In an application under subsection (1), the court must make an order staying the legal proceedings unless it determines that the arbitration agreement is void, inoperative or incapable of being performed.

The language used is virtually identical to that of art. 8 of the Model Law:

Article 8. . . .

(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement

inspirée de la Convention de New York et de la Loi type. Il a conclu, en partie pour cette raison, que le principe de compétence-compétence, suivant lequel il revient à l'arbitre de se prononcer le premier sur l'existence, la validité et la portée de la convention d'arbitrage, ne faisait pas partie du droit interne de l'arbitrage de la Colombie-Britannique. Dans *MacKinnon 2009* et en l'espèce, la Cour d'appel a rejeté cet argument, mais M<sup>me</sup> Seidel espère lui insuffler une nouvelle vie devant notre Cour.

[109] Cependant, un examen de la CAA en vigueur à l'heure actuelle démontre clairement qu'en fait, la législation plus récente de la Colombie-Britannique sur l'arbitrage commercial [TRADUCTION] « s'inspire en partie de la Loi type » (McEwan et Herbst, p. 1-10, citant *Lawyers' Arbitration Letters : 1980-1989* (1990), p. 218-219). Il ressort de cet examen que la législature a voulu incorporer le principe de compétence-compétence dans sa législation interne relative à l'arbitrage.

[110] En effet, l'art. 15 de la CAA, modifié en 1996, prévoit que, si les parties ont convenu de soumettre un litige à l'arbitrage, une cour de justice doit ordonner la suspension de toute procédure intéressant ce litige :

[TRADUCTION]

- 15 (1) Si une partie à une convention d'arbitrage intente contre une autre partie à la convention une action relative à une question qui, suivant cette convention, devait être soumise à l'arbitrage, une partie à l'instance peut, avant ou après avoir comparu et avant d'avoir déposé des actes de procédure ou autrement agi dans l'instance, demander au tribunal de suspendre l'instance.
- (2) Le tribunal saisi de la demande visée au paragraphe (1) suspend l'instance à moins qu'il ne constate que la convention d'arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

Les termes employés à l'art. 15 sont pratiquement identiques à ceux de l'art. 8 de la Loi type :

Article 8. . . .

1. Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les

shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

(2) Where an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court.

We see no meaningful difference between saying that the court must refer the parties to arbitration and saying that it must order a stay of proceedings.

[111] It is true that the CAA does not itself include a provision that ousts the jurisdiction of the courts. However, the British Columbia International Commercial Arbitration Centre's *Domestic Commercial Arbitration Rules of Procedure* (1998) ("BCICAC Rules") apply, as they have been incorporated by reference (*R. v. Collins*, 2000 BCCA 437, 140 B.C.A.C. 311; *R. v. St. Lawrence Cement Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 712 (C.A.); *British Columbia Government and Service Employees' Union v. British Columbia (Minister of Health Services)*, 2007 BCCA 379, 245 B.C.A.C. 39; P.-A. Côté, with the collaboration of S. Beaulac and M. Devinat, *Interprétation des lois* (4th ed. 2009), at paras. 286 ff.; see also, s. 44(h) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21). Section 22(1) of the CAA reads as follows:

**22** (1) Unless the parties to an arbitration otherwise agree, the rules of the British Columbia International Commercial Arbitration Centre for the conduct of domestic commercial arbitrations apply to that arbitration.

Rule 20 of the BCICAC Rules addresses the arbitrator's jurisdiction:

## 20. Jurisdiction

(1) The arbitration tribunal may rule on its own jurisdiction, including ruling on any objections with

parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

2. Lorsque le tribunal est saisi d'une action visée au paragraphe 1 du présent article, la procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue en attendant que le tribunal ait statué.

Nous ne relevons aucune différence marquante entre dire que le tribunal est tenu de renvoyer les parties à l'arbitrage et dire qu'il doit ordonner la suspension d'une instance.

[111] Il est vrai qu'aucune disposition écartant la compétence des tribunaux judiciaires ne se retrouve dans la CAA elle-même. Toutefois, les *Domestic Commercial Arbitration Rules of Procedure* (1998) du British Columbia International Commercial Arbitration Centre (« règles du BCICAC ») s'appliquent en raison de leur incorporation par renvoi (*R. c. Collins*, 2000 BCCA 437, 140 B.C.A.C. 311; *R. c. St. Lawrence Cement Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 712 (C.A.); *British Columbia Government and Service Employees' Union c. British Columbia (Minister of Health Services)*, 2007 BCCA 379, 245 B.C.A.C. 39; P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4<sup>e</sup> éd. 2009), par. 286 et suiv.; voir aussi l'al. 44h) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21). En effet, le par. 22(1) de la CAA est rédigé en ces termes :

[TRADUCTION]

**22** (1) Sauf entente contraire des parties à l'arbitrage, les règles du British Columbia International Commercial Arbitration Centre relatives à la conduite des arbitrages commerciaux internes s'appliquent à l'arbitrage.

L'article 20 des règles du BCICAC traite de la compétence de l'arbitre :

[TRADUCTION]

## 20. Compétence

(1) Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à

respect to the existence or validity of the arbitration agreement.

- (2) A decision by the arbitration tribunal that the contract is null and void shall not entail the invalidity of the arbitration clause unless specifically found to be so by the arbitration tribunal.
- (3) Any objection to the jurisdiction of the arbitration tribunal to consider a claim or counter-claim shall be raised in the statement of defense or statement of defense to counter-claim. . . .
- (4) A party is not precluded from raising a jurisdictional plea by the fact that it has appointed or participated in the appointment of an arbitrator.

[112] We observe that the language used in Rule 20 is essentially identical to that of arts. 943, 943.1 and 943.2 of the *CCP* — which were at issue in *Dell* — and of art. 16 of the Model Law:

Article 16. Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction

(1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail *ipso jure* the invalidity of the arbitration clause.

(2) A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defence. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified.

(3) The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in paragraph (2) of this article either as a preliminary question or in an award on the merits. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court specified in article 6 to decide the matter, which decision shall be

l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage.

- (2) La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas la nullité de la clause compromissoire, mais celle-ci peut faire l'objet d'une déclaration expresse de nullité.
- (3) Toute objection visant à contester la compétence du tribunal arbitral à l'égard d'une action ou d'une demande reconventionnelle doit être soulevée dans la défense initiale ou la défense produite en réponse à la demande reconventionnelle. . . .
- (4) Le fait pour une partie d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de contester la compétence du tribunal arbitral.

[112] Nous constatons que les termes employés à l'art. 20 sont pratiquement identiques à ceux des art. 943, 943.1 et 943.2 du *Cpc* — en litige dans *Dell* — ainsi qu'à ceux de l'art. 16 de la Loi type :

Article 16. Compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence

1. Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. À cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire.

2. L'exception d'incompétence du tribunal arbitral peut être soulevée au plus tard lors du dépôt des conclusions en défense. Le fait pour une partie d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de soulever cette exception. L'exception prise de ce que la question litigieuse excéderait les pouvoirs du tribunal arbitral est soulevée dès que la question alléguée comme excédant ses pouvoirs est soulevée pendant la procédure arbitrale. Le tribunal arbitral peut, dans l'un ou l'autre cas, admettre une exception soulevée après le délai prévu, s'il estime que le retard est dû à une cause valable.

3. Le tribunal arbitral peut statuer sur l'exception visée au paragraphe 2 du présent article soit en la traitant comme une question préalable, soit dans sa sentence sur le fond. Si le tribunal arbitral détermine, à titre de question préalable, qu'il est compétent, l'une ou l'autre partie peut, dans un délai de trente jours après avoir été avisée de cette décision, demander au tribunal visé à l'article 6

subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award.

[113] A British Columbia court must grant a stay of proceedings unless it concludes that the arbitration agreement is “void, inoperative or incapable of being performed”. However, the fact that a court can rule on its jurisdiction does not mean that it is required to do so. An argument that an arbitration agreement is void, inoperative or incapable of being performed constitutes a direct challenge to the arbitrator’s authority to consider and resolve the dispute. In *Dell*, both the majority and the minority had to decide whether the arbitrator or the court should rule first on the validity and applicability of the agreement, and they also discussed, by extension, the type of review the court should conduct to determine whether the agreement is “void, inoperative or incapable of being performed”.

[114] The majority recognized that there were two schools of thought on this point — one being that the court must rule first on the issue, and the other that the arbitrator should do so — and that the debate was not conclusively resolved by either the New York Convention or the Model Law. However, a consensus was building in the international community that a court should engage in only a *prima facie* analysis and intervene only if the test of manifest nullity was met (*Dell*, at paras. 75-76). From this, a general rule was identified. Challenges to the arbitrator’s jurisdiction — namely arguments that an agreement is void, inoperative or incapable of being performed — should be resolved first by the arbitrator. A court should depart from this general rule only if the challenge is based on a question of law, or on questions of mixed fact and law that require only superficial consideration of the documentary evidence in the record, and is not merely a delaying tactic (see *Dell*, at paras. 84-86).

de rendre une décision sur ce point, laquelle ne sera pas susceptible de recours; en attendant qu’il soit statué sur cette demande, le tribunal arbitral demeure libre de poursuivre la procédure arbitrale et de rendre une sentence.

[113] Un tribunal judiciaire de la Colombie-Britannique doit surseoir à l’instance, à moins qu’il ne constate que la convention d’arbitrage est [TRADUCTION] « nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée ». Toutefois, même si un tribunal judiciaire détient le pouvoir de statuer sur sa compétence, il n’est pas tenu impérativement de l’exercer. Le moyen selon lequel une convention d’arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée constitue une contestation directe du pouvoir de l’arbitre d’instruire et de régler le litige. Dans *Dell*, les juges majoritaires comme les juges minoritaires ont dû décider qui de l’arbitre ou du tribunal judiciaire devait se prononcer en premier lieu sur la validité et l’applicabilité de la convention. Ils ont aussi analysé, par voie de conséquence, le type d’examen que devrait mener le tribunal judiciaire pour déterminer si la convention est [TRADUCTION] « nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée ».

[114] Les juges majoritaires ont reconnu que deux courants s’opposent à cet égard — l’un exigeant que le tribunal judiciaire statue d’abord sur la question, l’autre voulant qu’il appartienne plutôt à l’arbitre de se prononcer en premier lieu — et que ni la Convention de New York, ni la Loi type n’avaient réglé ce débat de manière définitive. Toutefois, à l’échelle internationale, on tend à convenir qu’un tribunal doit s’en tenir à une analyse sommaire et n’intervenir que s’il conclut que le critère de la nullité manifeste a été satisfait (*Dell*, par. 75-76). Une règle générale a été formulée à partir de ces observations. Toute contestation de la compétence de l’arbitre — au motif que la convention d’arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée — devrait d’abord être tranchée par l’arbitre. Un tribunal judiciaire ne devrait déroger à cette règle générale que si la contestation de la compétence repose sur une question de droit ou une question mixte de fait et de droit dont l’examen n’exige qu’une étude superficielle de la preuve documentaire au dossier, et qu’elle ne constitue pas simplement une tactique dilatoire (voir *Dell*, par. 84-86).



[115] This general approach is consistent with the one — developed by the British Columbia Court of Appeal in its 1992 decision in *Gulf Canada* — that many provincial appellate courts were following across Canada before *Dell*. According to the test from *Gulf Canada*, the court was to grant the stay unless it was “clear” that the dispute fell outside the scope of the agreement. If it was “arguable” that the agreement applied to the dispute, the question was to be left to the arbitrator:

Considering s. 8(1) in relation to the provisions of s. 16 and the jurisdiction conferred on the arbitral tribunal, in my opinion, it is not for the court on an application for a stay of proceedings to reach any final determination as to the scope of the arbitration agreement or whether a particular party to the legal proceedings is a party to the arbitration agreement because those are matters within the jurisdiction of the arbitral tribunal. Only where it is clear that the dispute is outside the terms of the arbitration agreement or that a party is not a party to the arbitration agreement or that the application is out of time should the court reach any final determination in respect of such matters on an application for a stay of proceedings.

Where it is arguable that the dispute falls within the terms of the arbitration agreement or where it is arguable that a party to the legal proceedings is a party to the arbitration agreement then, in my view, the stay should be granted and those matters left to be determined by the arbitral tribunal. [paras. 39-40]

[116] In *Dalimpex Ltd. v. Janicki* (2003), 64 O.R. (3d) 737, per Charron J.A. (as she then was), the Ontario Court of Appeal endorsed the *Gulf Canada* approach. It concluded that if “it is at least arguable that the disputes . . . fall within the scope of the arbitration agreement”, the “preferable approach is to leave any definitive pronouncement on the scope of the agreement to be determined by the arbitral tribunal as decision-maker of first instance” (para. 3) (see also, *Dawson (City) v. TSL Contractors Ltd.*, 2003 YKCA 3, 180 B.C.A.C. 205, at para. 14). In *Dancap Productions Inc. v. Key Brand Entertainment Inc.*, 2009 ONCA 135, 246 O.A.C. 226, per Sharpe J.A., the Ontario Court of Appeal held that “[i]t is now well-established in Ontario”

[115] Cette approche générale respecte celle qu’avait formulée la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans *Gulf Canada* en 1992 et qu’avaient adoptée un grand nombre de cours d’appel provinciales canadiennes avant *Dell*. D’après le test établi dans *Gulf Canada*, le tribunal judiciaire doit surseoir à l’instance à moins qu’il ne soit [TRADUCTION] « clair » que le litige n’est pas visé par la convention d’arbitrage. S’il était possible de « soutenir » que la convention s’appliquait au litige, il revenait à l’arbitre de se prononcer :

[TRADUCTION] Si l’on examine le par. 8(1), en tenant compte de l’art. 16 et de la compétence accordée au tribunal d’arbitrage, il ne revient pas selon moi au tribunal judiciaire appelé à statuer sur une demande de suspension d’instance de se prononcer de façon définitive sur la portée de la convention d’arbitrage ou sur la question de savoir si une partie à la procédure est aussi partie à la convention d’arbitrage étant donné que ces questions sont du ressort du tribunal d’arbitrage. Le tribunal judiciaire ne devrait se prononcer de façon définitive sur de telles questions dans le cadre d’une demande de suspension d’instance que s’il est clair que la convention d’arbitrage ne s’applique pas au litige, si une partie à l’instance n’est pas l’une des parties à la convention ou si la demande n’a pas été présentée dans le délai prescrit.

Lorsqu’il est possible de soutenir que le litige est visé par la convention d’arbitrage ou qu’une partie à la procédure est également partie à cette convention, alors, selon moi, la suspension de l’instance devrait être accordée et ces questions devraient être laissées au tribunal d’arbitrage. [par. 39-40]

[116] Dans *Dalimpex Ltd. c. Janicki* (2003), 64 O.R. (3d) 737, sous la plume de la juge Charron (maintenant juge de notre Cour), la Cour d’appel de l’Ontario a accepté l’approche adoptée dans *Gulf Canada*. La Cour d’appel a conclu que, s’[TRADUCTION] « il est au moins possible de soutenir que les litiges [. . .] sont visés par la convention d’arbitrage », il est « préférable de laisser le soin au tribunal d’arbitrage, en tant que tribunal de première instance, de se prononcer de façon définitive sur la portée de la convention » (par. 3) (voir aussi *Dawson (City) c. TSL Contractors Ltd.*, 2003 YKCA 3, 180 B.C.A.C. 205, par. 14). Dans *Dancap Productions Inc. c. Key Brand Entertainment Inc.*, 2009 ONCA 135, 246 O.A.C.

that a court should grant a stay of proceedings where it is “‘arguable’ that the dispute falls within the terms of an arbitration agreement” (para. 32), and that the motion judge had therefore erred in ruling on the scope of the arbitration agreement. See also, *Jean Estate v. Wires Jolley LLP*, 2009 ONCA 339, 96 O.R. (3d) 171, per Weiler J.A.; *No. 363 Dynamic Endeavours Inc. v. 34718 B.C. Ltd.* (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 359 (C.A.), per Hollinrake J.A.

[117] This requirement of deference to the arbitrator’s jurisdiction is related directly to the role of the court that must, in considering an application for a stay of proceedings, determine whether the agreement is “void, inoperative or incapable of being performed”. Given that the general rule is that arbitrators should be the first to consider challenges to their jurisdiction, the expressions “void”, “inoperative” and “incapable of being performed” should be interpreted narrowly. There appears in fact to be a consensus to this effect in the authorities on all three of these criteria. See, e.g., *Kaverit Steel and Crane Ltd. v. Kone Corp.* (1992), 87 D.L.R. (4th) 129 (Alta. C.A.), per Kerans J.A. (in which it was held, at p. 138, that an arbitration agreement is not “inoperative” merely because a reference to arbitration might be “inconvenient”); *Mind Star Toys Inc. v. Samsung Co.* (1992), 9 O.R. (3d) 374 (Gen. Div.) (in which it was held that an arbitration agreement is not null and void merely because a claim of fundamental breach is made); *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974), per Stewart J. (in which it was held that if the *forum conveniens* test for jurisdiction were to be considered in determining whether an arbitration agreement was valid, it would almost always result in a finding against arbitration); M. J. Mustill and S. C. Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England* (2nd ed. 1989), at p. 465 (in which the authors write that “[i]ncapable of being performed’ connotes something more than mere difficulty or inconvenience or delay in performing the arbitration”); and McEwan and Herbst, at

226, rédigé par le juge Sharpe, la Cour d’appel de l’Ontario a jugé qu’[TRADUCTION] « [i]l est maintenant bien établi en Ontario » qu’un tribunal judiciaire devrait surseoir à l’instance dans les cas où il est « “possible de soutenir” que le litige est visé par la convention d’arbitrage » (par. 32), et que le juge des requêtes avait donc commis une erreur en statuant sur la portée de la convention d’arbitrage. Voir également *Jean Estate c. Wires Jolley LLP*, 2009 ONCA 339, 96 O.R. (3d) 171, le juge Weiler; *No. 363 Dynamic Endeavours Inc. c. 34718 B.C. Ltd.* (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 359 (C.A.), le juge Hollinrake.

[117] Cette obligation de déférence envers la compétence de l’arbitre se rattache directement au rôle du tribunal judiciaire appelé à décider, dans l’examen d’une demande de suspension d’instance, si la convention est [TRADUCTION] « nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée ». En effet, puisque, selon la règle générale, les arbitres devraient se prononcer en premier sur les contestations de leur compétence, les termes « nulle », « inopérante » et « non susceptible d’être exécutée » devraient être interprétés de façon restrictive. Cette approche semble d’ailleurs faire consensus dans la jurisprudence et la doctrine traitant de ces critères. Voir à titre d’exemple *Kaverit Steel and Crane Ltd. c. Kone Corp.* (1992), 87 D.L.R. (4th) 129 (C.A. Alb.), le juge Kerans, où la cour a conclu, à la p. 138, que le fait qu’un renvoi à l’arbitrage puisse être [TRADUCTION] « inopportun » ne rendait pas la convention d’arbitrage « inopérante »; *Mind Star Toys Inc. c. Samsung Co.* (1992), 9 O.R. (3d) 374 (Div. gén.), où la cour a jugé qu’une poursuite pour rupture fondamentale ne rend pas en soi une convention d’arbitrage nulle; *Scherk c. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974), le juge Stewart, où la cour a conclu que l’application du critère du *forum conveniens* en matière de compétence pour apprécier la validité de la convention d’arbitrage écarterait presque toujours l’arbitrage; M. J. Mustill et S. C. Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England* (2<sup>e</sup> éd. 1989), p. 465, où les auteurs écrivent que l’expression [TRADUCTION] « “non susceptible d’être exécutée” implique plus que de simples difficultés, problèmes

pp. 3-63 ff.). The British Columbia Court of Appeal even appeared to endorse this view in *MacKinnon 2004* (para. 36).

[118] It is clear that the task of the court responsible for considering whether the agreement is “void, inoperative or incapable of being performed” cannot properly be construed so broadly as to authorize it to determine whether a class action would be a “preferable procedure”. Not only would such an approach require a degree of judicial scrutiny inconsistent with the competence-competence principle and with the superficial consideration on the basis of which a court can decide whether to grant a stay of proceedings, but the arbitration agreement would as a result be subject to the whim of the party wanting to avoid its application. More specifically, the word “inoperative” cannot be interpreted so broadly that a mere procedural decision of a party seeking to certify a class proceeding would suffice for that party to avoid the operation of the agreement to arbitrate.

[119] In *Dell*, this Court interpreted an express legislative direction that arbitrators are to consider the scope of their own jurisdiction, coupled with the use of language similar to that of the New York Convention and the Model Law, as amounting to incorporation of the competence-competence principle into Quebec law. As the Court concluded in *Dell*, at para. 83, the actual words of the provision in question were not so important as the conclusion that they were based on those of the New York Convention and the Model Law:

Article 940.1 C.C.P. refers only to cases where the arbitration agreement is null. However, since this provision was adopted in the context of the implementation of the New York Convention (the words of which, in art. II(3), are “null and void, inoperative or incapable of being performed”), I do not consider a literal interpretation to be appropriate. It is possible to develop, in a manner consistent with the empirical data from the Quebec case law, a test for reviewing an application to refer a dispute to arbitration that is faithful to art. 943 C.C.P. and to the *prima facie* analysis test

ou retards liés à la tenue de l’arbitrage »; McEwan et Herbst, p. 3-63 et suiv.). Même la Cour d’appel de la Colombie-Britannique semble avoir adopté ce point de vue dans *MacKinnon 2004* (par. 36).

[118] De toute évidence, on ne saurait donner une portée si large à la fonction du tribunal judiciaire chargé de déterminer si la convention est [TRADUCTION] « nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée » qu’il lui serait permis d’examiner si un recours collectif pourrait constituer une « meilleure procédure ». Non seulement une telle approche exigerait-elle un examen judiciaire incompatible avec le principe de compétence-compétence et avec l’analyse sommaire permettant de déterminer s’il y a lieu de surseoir à l’instance, mais les conventions d’arbitrage seraient ainsi à la merci de la partie qui souhaite éviter leur application. Plus précisément, le terme « inopérant » ne peut recevoir une interprétation si large qu’elle fasse dépendre l’application de la convention d’arbitrage de la simple décision — de nature procédurale — d’une partie de demander l’autorisation d’exercer un recours collectif.

[119] Dans *Dell*, notre Cour a conclu que la directive législative explicite, selon laquelle les arbitres devaient se prononcer sur l’étendue de leur propre compétence, une directive formulée en des termes semblables à ceux qui figurent dans la Convention de New York et la Loi type, constituait une incorporation par renvoi du principe de compétence-compétence dans la législation québécoise. Comme la Cour l’a conclu dans *Dell*, au par. 83, le libellé même de la disposition importe moins que le constat qu’elle s’inspire des termes de la Convention de New York et de la Loi type :

L’article 940.1 C.p.c. ne mentionne que les cas de nullité de la convention d’arbitrage. Cependant, comme cette disposition fait partie de la mise en œuvre de la Convention de New York (dont les termes utilisés à l’art. II(3) sont « caduque, inopérante ou non susceptible d’être appliquée »), je ne crois pas qu’une interprétation littérale soit indiquée. Il est possible, tout en incorporant les données empiriques qui ressortent de la jurisprudence québécoise, de formuler un critère d’examen d’une demande de renvoi à l’arbitrage qui soit fidèle à l’art. 943 C.p.c. et au critère de

that is increasingly gaining acceptance around the world.

Courts should therefore be mindful to avoid an interpretation that makes it possible to sidestep the competence-competence principle and turns the Convention's "inoperative" exception into a back door for a party wanting to "escape" the agreement.

[120] In considering a statutory provision containing the language contemplated by *Dell* and based on that of the New York Convention and the Model Law, the British Columbia Court of Appeal accepted and endorsed the modern approach according to which arbitration is acceptable in commercial matters. It recognized that the competence-competence principle is part of the province's law. It did not err in doing so.

[121] Therefore, absent a challenge to the arbitrator's jurisdiction based solely on a question of law or on one of mixed fact and law requiring only superficial consideration of the evidence in the record, the existence or validity of an arbitration agreement to which the CAA applies must be considered first by the arbitrator. The court should grant the stay.

#### D. *British Columbia Business Practices and Consumer Protection Act*

[122] Because Ms. Seidel argues in part that the effect of the arbitration clause is to deny her the ability to exercise her rights under the *BPCPA*, it is important to discuss in some detail the rights and procedures provided for in that Act.

[123] The purpose of consumer protection legislation like the *BPCPA* is to protect consumers from losses suffered when they purchase goods and services that do not meet existing standards. Thus, the *BPCPA* applies to a "consumer" — an individual, whether in British Columbia or not — who participates in a "consumer transaction".

l'analyse sommaire de plus en plus retenu à l'échelle internationale.

Les tribunaux judiciaires devraient donc se garder de recourir à une interprétation qui permet d'écarter le principe de compétence-compétence et de transformer l'exception fondée sur le caractère « inopérant » de la Convention en un moyen détourné dont disposerait une partie qui souhaite échapper à son application.

[120] Appelée à examiner une disposition légale qui reprenait le langage des textes en cause dans l'arrêt *Dell* et qui s'inspirait de ceux de la Convention de New York et de la Loi type, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accepté et fait sienne l'approche moderne reconnaissant la légitimité de l'arbitrage des différends commerciaux. Elle a reconnu que la législation britanno-colombienne incorpore le principe de compétence-compétence. Elle n'a pas commis d'erreur en se prononçant en ce sens.

[121] Ainsi, en l'absence de contestation de la compétence de l'arbitre fondée exclusivement sur une question de droit ou une question mixte de fait et de droit n'impliquant qu'un examen superficiel de la preuve au dossier, il revient à l'arbitre d'être le premier à examiner la validité ou l'existence d'une convention d'arbitrage régie par la CAA. Le tribunal judiciaire devrait donc suspendre l'instance.

#### D. *La Business Practices and Consumer Protection Act de la Colombie-Britannique*

[122] Par ailleurs, M<sup>me</sup> Seidel fait notamment valoir que la clause d'arbitrage a pour effet de l'empêcher d'exercer les droits que lui confère la *BPCPA*. Il importe alors d'examiner en détail les droits et la procédure prévus par cette loi.

[123] Les lois sur la protection du consommateur, comme la *BPCPA*, visent à protéger les consommateurs contre les dommages résultant de l'achat de biens ou de services qui ne respectent pas les normes prescrites. La *BPCPA* s'applique donc à un [TRADUCTION] « consommateur » — un particulier, se trouvant en Colombie-Britannique ou

The term “consumer transaction” is defined as follows:

1. (1) . . .

“consumer transaction” means

- (a) a supply of goods or services or real property by a supplier to a consumer for purposes that are primarily personal, family or household, or
- (b) a solicitation, offer, advertisement or promotion by a supplier with respect to a transaction referred to in paragraph (a).

A “supplier” is “a person, whether in British Columbia or not, who in the course of business participates in a consumer transaction” either by supplying goods or services, or by soliciting, offering, advertising or promoting the supply of goods or services. The definition of “supplier” applies regardless of whether any privity of contract exists between the supplier and the consumer. See, generally, s. 1(1) of the *BPCPA*.

[124] The provision of mobile phone services for personal use clearly falls within the definition of “consumer transaction”, and Ms. Seidel and TELUS clearly fit the statutory definitions of “consumer” and “supplier”, respectively.

[125] Ms. Seidel alleges that TELUS, by unlawfully charging for the time after a cellular phone connects with the TELUS network but before the recipient answers the call, has breached its obligations under the *BPCPA*. More specifically, Ms. Seidel alleges breach of contract, and deceptive and/or unconscionable practices. The *BPCPA* defines a “deceptive act or practice”, in the context of a consumer transaction, as “an oral, written, visual, descriptive or other representation by a supplier” or “any conduct by a supplier” “that has the capability, tendency or effect of deceiving or misleading a consumer or guarantor” (s. 4(1)).

ailleurs — qui participe à une « opération commerciale ». Le terme « opération commerciale » est défini comme suit :

[TRADUCTION]

1. (1) . . .

« opération commerciale »

- a) la fourniture, par un fournisseur à un consommateur, de marchandises, de services ou de biens réels, principalement à des fins personnelles, familiales ou domestiques;
- b) la sollicitation, l’offre, la publicité ou la promotion effectuée, par un fournisseur auprès d’un consommateur concernant une opération visée à l’alinéa a).

Un [TRADUCTION] « fournisseur » est « une personne, se trouvant en Colombie-Britannique ou ailleurs qui, dans le cours de ses affaires, prend part à une opération commerciale » soit en fournissant des biens ou des services, soit en sollicitant, en offrant ou en annonçant la fourniture de biens ou services ou en se livrant à des activités promotionnelles à cet égard. La définition de « fournisseur » s’applique qu’il y ait ou non un lien contractuel entre le fournisseur et le consommateur. Voir de façon générale le par. 1(1) de la *BPCPA*.

[124] La définition d’[TRADUCTION] « opération commerciale » vise de toute évidence la fourniture de services de téléphone cellulaire à des fins personnelles. De plus, il ne fait pas de doute que M<sup>me</sup> Seidel et TELUS répondent respectivement aux définitions de « consommateur » et de « fournisseur ».

[125] M<sup>me</sup> Seidel allègue qu’en facturant illégalement du temps à ses clients après qu’un téléphone cellulaire soit connecté à son réseau, mais avant que le destinataire ne réponde à l’appel, TELUS a manqué aux obligations que lui impose la *BPCPA*. Plus particulièrement, M<sup>me</sup> Seidel affirme que le contrat a été violé et que TELUS a employé des pratiques trompeuses ou abusives. La *BPCPA* définit [TRADUCTION] « pratique ou acte trompeur » dans le contexte d’une opération commerciale comme étant « des déclarations verbales, écrites, visuelles, descriptives ou autres, faites par un fournisseur » ou « des agissements

Subsection 4(3) provides specific examples — without limiting the generality of s. 4(1) — of what constitutes a deceptive act or practice, which “may occur before, during or after the consumer transaction” (s. 4(2)).

[126] Section 8 of the *BPCPA* also provides that an “unconscionable act or practice by a supplier may occur before, during or after the consumer transaction” (s. 8(1)), and that in determining whether an act or a practice is unconscionable, a court must consider “all of the surrounding circumstances of which the supplier knew or ought to have known” (s. 8(2)). Section 8(3) contains a list — again without limiting the generality of s. 8(2) — of specific circumstances that must be considered in this regard.

[127] In the event that a supplier contravenes the *BPCPA*, a number of avenues of redress are available. First, s. 189 creates an offence, for which any person who contravenes the provisions listed in the section can be prosecuted. An individual convicted under s. 189 is liable to a fine of not more than \$10,000, to imprisonment for not more than 12 months, or to both. A corporation convicted under s. 189 is liable to a fine of up to \$100,000. See, generally, the penalties provided for in s. 190.

[128] Second, in the event of a contravention, the Act authorizes a consumer to bring an action for compensatory damages:

#### Damages recoverable

171 (1) Subject to subsection (2), if a person, other than a person referred to in paragraphs (a) to (e), has suffered damage or loss due to a contravention of this Act or the regulations, the person who

d’un fournisseur » « susceptibles de tromper ou tendant à tromper un consommateur ou un garant, ou ayant cet effet » (par. 4(1)). Sans restreindre la généralité du par. 4(1), le par. 4(3) donne des exemples précis de pratiques ou d’actes trompeurs, ceux-ci [TRADUCTION] « pouvant avoir cours avant, pendant ou après l’opération commerciale » (par. 4(2)).

[126] L’article 8 de la *BPCPA* prévoit également qu’une [TRADUCTION] « pratique ou un acte abusif d’un fournisseur peut avoir cours avant, pendant ou après une opération commerciale » (par. 8(1)). Il dispose que, pour déterminer si une pratique ou un acte est abusif, la cour de justice doit tenir compte de « toutes les circonstances dont le fournisseur avait ou était censé avoir connaissance » (par. 8(2)). Là encore, sans restreindre la généralité du par. 8(2), le par. 8(3) établit une liste de circonstances précises qui doivent être prises en considération à cet égard.

[127] Lorsqu’un fournisseur contrevient à la *BPCPA*, plusieurs mesures de réparation s’offrent aux consommateurs. Premièrement, l’art. 189 crée une infraction pénale et prévoit que l’auteur d’une violation des dispositions qu’il énonce est passible de poursuite. Toute personne reconnue coupable par application de cette disposition s’expose à une amende maximale de 10 000 \$ et à un emprisonnement d’au plus 12 mois. Une personne morale déclarée coupable en vertu de l’art. 189 est passible d’une amende d’au plus 100 000 \$. Voir de façon générale les peines prévues à l’art. 190.

[128] Deuxièmement, en cas d’infraction, la Loi permet aux consommateurs d’intenter une action en dommages-intérêts :

[TRADUCTION]

#### Dommages-intérêts

171 (1) Sous réserve du paragraphe (2), la personne, autre qu’une personne visée aux alinéas a) à e), qui a subi un préjudice ou une perte en raison d’une infraction à la présente loi ou

suffered damage or loss may bring an action against a

(a) supplier,

. . .

who engaged in or acquiesced in the contravention that caused the damage or loss.

(2) A person must not bring an action under this section if an application has been made, on the person's behalf, to the court in respect of the same defendant and transaction under section 192 . . . .

(3) The Provincial Court has jurisdiction for the purposes of this section, even though a contravention of this Act or the regulations may also constitute a libel or slander.

We note, however, that because a person convicted of an offence may already be required to compensate an aggrieved consumer for pecuniary losses pursuant to s. 192, s. 171(2) operates to prevent double recovery.

[129] The *BPCPA* also provides for declaratory and injunctive relief:

#### **Court actions respecting consumer transactions**

**172** (1) The director or a person other than a supplier, whether or not the person bringing the action has a special interest or any interest under this Act or is affected by a consumer transaction that gives rise to the action, may bring an action in Supreme Court for one or both of the following:

(a) a declaration that an act or practice engaged in or about to be engaged in by a supplier in respect of a consumer transaction contravenes this Act or the regulations;

(b) an interim or permanent injunction restraining a supplier from contravening this Act or the regulations.

à ses règlements, peut intenter une action contre :

a) le fournisseur,

. . .

qui a commis l'infraction ayant causé le préjudice ou la perte ou qui y a acquiescé.

(2) Une personne doit s'abstenir d'intenter une action en vertu du présent article si une demande a été présentée à la cour en son nom aux termes de l'article 192 à l'égard du même défendeur et de la même opération . . .

(3) La Cour provinciale est compétente pour l'application du présent article même si une infraction à la présente loi ou à ses règlements peut aussi constituer un libelle ou de la diffamation.

Toutefois, parce qu'une personne déclarée coupable d'une infraction peut être déjà tenue d'indemniser un consommateur lésé de ses pertes pécuniaires, par application de l'art. 192, nous soulignons que le par. 171(2) entre en jeu pour interdire la double indemnisation du préjudice.

[129] La *BPCPA* permet en outre d'obtenir un jugement déclaratoire et une injonction :

#### **[TRADUCTION]**

#### **Recours judiciaires relatifs à des opérations commerciales**

**172** (1) Le directeur ou une personne autre qu'un fournisseur — que cette personne ait ou non un intérêt, particulier ou autre, à faire valoir sous le régime de la présente loi ou qu'elle soit ou non touchée par l'opération commerciale à l'origine du litige — peut intenter une action devant la Cour suprême en vue d'obtenir :

a) un jugement déclarant qu'un acte commis par un fournisseur, ou sur le point de l'être, ou une pratique qu'il utilise, ou est sur le point d'utiliser, en ce qui concerne une opération commerciale contrevient à la présente loi ou à ses règlements;

b) une injonction provisoire ou permanente interdisant au fournisseur de contrevir à la présente loi ou à ses règlements.

- (2) If the director brings an action under subsection (1), the director may sue on the director's own behalf and, at the director's option, on behalf of consumers generally or a designated class of consumers.

We emphasize that the relief available under s. 172(1) is not restricted to consumers directly affected by a particular consumer transaction.

[130] If relief is granted under s. 172(1), s. 172(3) authorizes the following remedial orders:

- (a) that the supplier restore to any person any money or other property or thing, in which the person has an interest, that may have been acquired because of a contravention of this Act or the regulations;
- (b) if the action is brought by the director, that the supplier pay to the director the actual costs, or a reasonable proportion of the costs, of the inspection of the supplier conducted under this Act;
- (c) that the supplier advertise to the public in a manner that will assure prompt and reasonable communication to consumers, and on terms or conditions that the court considers reasonable, particulars of any judgment, declaration, order or injunction granted against the supplier under this section.

[131] Moreover, by virtue of s. 3, rights under the Act, and remedies for the violation of those rights, cannot be waived, through an arbitration clause or otherwise:

- 3 Any waiver or release by a person of the person's rights, benefits or protections under this Act is void except to the extent that the waiver or release is expressly permitted by this Act.

[132] The final aspect of the *BPCPA* that we must discuss is the nature of the action provided for in s. 172(1). Subsection 172(1) authorizes the director to bring an action for declaratory or injunctive relief, but it also authorizes any person other than a supplier to do so. In this sense, s. 172(1) creates a representative action. In the case of an action brought

- (2) Le directeur peut intenter une action en vertu du paragraphe (1) en son nom propre, au nom des consommateurs en général ou au nom d'un groupe désigné de consommateurs.

Il convient de préciser que le par. 172(1) ne vise pas uniquement les consommateurs directement touchés par une opération commerciale donnée.

[130] Si la réparation demandée est accordée en vertu du par. 172(1), le par. 172(3) permet à la cour d'ordonner :

[TRADUCTION]

- a) que le fournisseur restitue à une personne les sommes ou autres biens ou choses, à l'égard desquels cette personne a un intérêt, et qui peuvent avoir été obtenus par suite d'une contravention à la présente loi ou à ses règlements;
- b) si l'action est intentée par le directeur, que le fournisseur lui rembourse la totalité ou une partie raisonnable des frais engagés pour soumettre le fournisseur à une inspection sous le régime de la présente loi;
- c) que le fournisseur informe le public, d'une manière efficace et rapide et suivant les modalités que la cour estime raisonnables, du contenu de tout jugement, jugement déclaratoire, ordonnance ou injonction prononcé contre le fournisseur sous le régime du présent article.

[131] En outre, l'art. 3 interdit toute renonciation aux droits prévus à la Loi ainsi qu'aux réparations pour la violation de ces droits, que ce soit par convention d'arbitrage ou par tout autre moyen :

[TRADUCTION]

- 3 Sauf dans la mesure où elle est expressément permise par la présente loi, la renonciation aux droits, avantages ou protections qui y sont prévus est nulle.

[132] Un dernier aspect de la *BPCPA* commande notre attention : la nature du droit d'action prévu au par. 172(1). En plus d'autoriser le directeur à intenter une action en vue d'obtenir un jugement déclaratoire ou une injonction, le par. 172(1) permet aussi à toute autre personne qu'un fournisseur de le faire. En ce sens, le par. 172(1) crée un recours



by the director, any ambiguity in this respect is removed by s. 172(2). As for an action brought by a person other than the director, the fact that the person need not have been affected by the consumer transaction, together with the potentially representative nature of the available remedies — declaratory and injunctive relief — makes his or her representative capacity just as evident.

[133] The director is entitled to notice — by service of a copy of the writ of summons or notice of claim — of any action brought under either s. 171 or s. 172 (s. 173(1)). Upon being served, the director may apply to intervene in the action as a party, on any terms or conditions the court considers just (s. 173(2)). Since the scope of s. 172 and the conditions for applying it were not discussed in the courts below, the record does not reveal whether the director was in fact served with a notice of claim.

[134] Having outlined the statutory schemes governing arbitration and consumer protection in British Columbia, we will now review the types of proceedings at issue in this appeal.

#### E. *Nature of the Class Action*

[135] This Court has endorsed the class action as a means of facilitating access to justice, promoting efficiency in and reducing costs associated with civil litigation, and deterring or modifying dangerous or risky behaviour (see, e.g., *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534, at para. 28; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, at para. 15; *Bisaillon*, at para. 16). The class action therefore has “a significant social and legal role” in Canadian law (*Marcotte v. Longueuil (City)*, 2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65, at para. 43).

[136] However, since a class action is only a way to group together a number of individual claims,

susceptible d’être exercé par le représentant d’un groupe. Le paragraphe 172(2) dissipe toute ambiguïté à cet égard dans le cas du directeur. Dans le cas d’une action intentée par toute autre personne, l’absence de toute obligation que cette personne soit touchée elle-même par l’opération commerciale en cause confirme tout aussi clairement son pouvoir d’agir en qualité de représentante. On peut aussi obtenir, en qualité de représentant, les réparations susmentionnées, soit le jugement déclaratoire et l’injonction.

[133] Le directeur doit être informé — par signification d’une copie du bref d’assignation ou de l’avis de demande — de toute action intentée sur le fondement de l’un ou l’autre des art. 171 ou 172 (par. 173(1)). Par la suite, sur demande, la cour peut l’autoriser à intervenir aux conditions qu’elle estime équitables (par. 173(2)). Comme les juridictions inférieures n’ont pas analysé la portée de l’art. 172 et les conditions de son application, le dossier ne révèle pas si le directeur a effectivement reçu signification d’un avis de demande.

[134] Après avoir exposé les régimes législatifs en matière d’arbitrage et de protection des consommateurs établis en Colombie-Britannique, nous aborderons maintenant l’examen de la nature des recours en cause dans le présent pourvoi.

#### E. *Nature du recours collectif*

[135] Notre Cour a reconnu que les recours collectifs constituent un moyen de faciliter l’accès à la justice, d’améliorer l’efficacité des recours civils, de réduire les coûts associés à ceux-ci, et de prévenir ou de modifier les pratiques nuisibles ou suscitant des risques (voir à titre d’exemple *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, par. 28; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 15; *Bisaillon*, par. 16). Le recours collectif joue donc « un rôle social et juridique considérable » en droit canadien (*Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65, par. 43).

[136] Toutefois, étant donné qu’un recours collectif n’est qu’un moyen de regrouper des

it concerns the procedure for bringing an action. As this Court has put it, the certification of a class action confers a procedural right. It does not change either the substantive law or the substantive rights of the parties. A proposed class action “cannot serve as a basis for legal proceedings if the various claims it covers, taken individually, would not do so” (*Bisaillon*, at para. 17). The majority in *Bisaillon* explained how the procedural nature of a class action affects the jurisdiction of a court:

In short, the class action procedure cannot have the effect of conferring jurisdiction on the Superior Court over a group of cases that would otherwise fall within the subject-matter jurisdiction of another court or tribunal. Except as provided for by law, this procedure does not alter the jurisdiction of courts and tribunals. Nor does it create new substantive rights. [para. 22]

See also, the reasons of both the majority and the dissenting judges in *Dell* (paras. 105-6, 108 and 224), and of the dissenting judges in *Marcotte*, at para. 125, citing *Bisaillon* and *Dell*.

[137] It bears repeating that an arbitration clause has always been understood as going to the court’s jurisdiction to hear a claim. As we saw in our review of the historical development of arbitration, agreements to arbitrate were once seen to be contrary to public order on the basis that they constituted an improper attempt to oust the jurisdiction of the courts. Arbitration clauses are no longer seen to be contrary to public order, but the fact remains that they constitute a jurisdictional choice made by the parties to the agreement. Indeed, in *Dell*, both the majority and the minority considered an agreement to arbitrate to constitute such a choice. The minority characterized this choice in favour of arbitration as conveying a substantive contractual right (para. 160). See also, *Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. v. Jacyk Estate* (2005), 2 B.L.R. (4th) 151 (Ont. S.C.J.), at para. 9, affirmed both by the Court of Appeal ((2006), 80 O.R. (3d) 533) and by this Court (2007 SCC 55, [2007] 3 S.C.R. 679, *per*

réclamations individuelles, il concerne la procédure utilisée pour introduire une action. Comme l’a affirmé notre Cour, l’autorisation d’un recours collectif confère un droit procédural. Cette autorisation ne modifie ni le droit substantiel applicable, ni les droits substantiels des parties elles-mêmes. Un recours collectif projeté « ne saurait justifier une action en justice lorsque, considérées individuellement, les différentes réclamations visées par le recours ne le permettraient pas » (*Bisaillon*, par. 17). Les juges majoritaires dans *Bisaillon* ont expliqué l’incidence de la nature procédurale des recours collectifs sur la compétence des tribunaux judiciaires :

En bref, la procédure de recours collectif ne saurait avoir pour effet de conférer à la Cour supérieure compétence sur un ensemble de litiges qui, autrement, relèveraient de la compétence *ratione materiae* d’un autre tribunal. Sauf dans la mesure prévue par la loi, cette procédure ne modifie pas la compétence des tribunaux. Elle ne crée pas non plus de nouveaux droits substantiels. [par. 22]

Voir également les motifs majoritaires et les motifs dissidents de notre Cour dans *Dell* (par. 105-106, 108 et 224), ainsi que les motifs dissidents dans *Marcotte*, par. 125, citant *Bisaillon* et *Dell*.

[137] Il convient de réitérer qu’on a de tout temps jugé que les clauses d’arbitrage touchaient à la compétence des tribunaux judiciaires d’instruire un recours. Comme il ressort de notre analyse de l’évolution historique de l’arbitrage, les conventions d’arbitrage ont été autrefois jugées contraires à l’ordre public parce qu’elles auraient visé à priver injustement les tribunaux judiciaires de leur compétence. On ne considère plus aujourd’hui les clauses d’arbitrage comme contraires à l’ordre public, mais il demeure qu’elles représentent un choix juridictionnel des parties à la convention. En effet, dans *Dell*, tant les juges majoritaires que les juges minoritaires ont conclu qu’une convention d’arbitrage représentait un tel choix. Selon les juges minoritaires, cette option en faveur de l’arbitrage confère un droit contractuel substantiel (par. 160). Voir également *Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. c. Jacyk Estate* (2005), 2 B.L.R. (4th) 151 (C.S.J. Ont.), par. 9, *conf.* tant par la Cour d’appel ((2006), 80 O.R.

McLachlin C.J.), although neither commented on this legal principle.

[138] The dissenting judges in *Dell* emphasized “that jurisdiction over the individual actions that form the basis of a class action is a prerequisite to the exercise of jurisdiction over the proceedings”. They added that there is “no question that, if the arbitration agreement is valid and relates to the dispute, the Superior Court has no jurisdiction to hear the case and must refer the parties to arbitration” (para. 150). The substantive right to arbitration created in the agreement effectively ousts the jurisdiction of a superior court to hear the case as a court action. Therefore, merely commencing a class action cannot vest the court with jurisdiction that it would not otherwise have over the individual claims of members of the proposed class.

F. *Impact of the CAA on the Procedural Right Being Claimed and on the Validity of the Waiver*

[139] As we concluded above, the competence-competence principle forms part of the domestic arbitration law of British Columbia. Absent a challenge to the arbitrator’s jurisdiction based on a question of law or on a mixed question of law and fact that requires only superficial consideration of the evidence in the record, the arbitrator has jurisdiction to entertain, in the first instance, a challenge to the existence, validity and scope of an arbitration agreement.

[140] As we also mentioned, where, because of an arbitration agreement, a court would not have jurisdiction over a dispute, that jurisdiction cannot be conferred on it by commencing a class proceeding. This Court has made it clear that arbitration, as a legitimate private dispute resolution mechanism, applies to all kinds of disputes, except where the legislature has expressly provided that it intends to remove the subject matter from the reach of

(3d) 533) que par notre Cour (2007 CSC 55, [2007] 3 R.C.S. 679, la juge en chef McLachlin), mais ni la Cour d’appel ni notre Cour n’a traité du principe de droit susmentionné.

[138] Les juges dissidents dans *Dell* ont souligné « que la compétence à l’égard des recours individuels sur lesquels repose le recours collectif est une condition préalable à l’exercice de la compétence à l’égard de l’instance ». Toujours selon eux, il « ne fait [. . .] aucun doute que, si la convention d’arbitrage est valide et s’attache au litige, la Cour supérieure ne connaît pas de l’affaire et doit renvoyer les parties à l’arbitrage » (par. 150). Le droit substantiel de recourir à l’arbitrage, créé par contrat, dessaisit effectivement la cour supérieure de sa compétence de connaître du litige en tant qu’action en justice. Par conséquent, le simple fait d’introduire un recours collectif ne peut conférer à un tribunal judiciaire une compétence qu’il ne posséderait pas par ailleurs sur les réclamations individuelles des membres du groupe proposé.

F. *L’effet de la CAA sur le droit procédural revendiqué et la validité de la renonciation*

[139] Comme nous l’avons conclu plus haut, le principe de compétence-compétence appartient au droit interne de l’arbitrage de la Colombie-Britannique. En l’absence de contestation de la compétence de l’arbitre fondée sur une question de droit ou une question mixte de droit et de fait nécessitant seulement un examen superficiel de la preuve au dossier, l’arbitre est compétent pour connaître, en première instance, d’une contestation portant sur l’existence, la validité et la portée d’une convention d’arbitrage.

[140] Comme nous l’avons également affirmé, l’introduction d’un recours collectif ne peut attribuer à un tribunal judiciaire compétence sur un litige dont il ne pouvait pas se saisir en raison d’une convention d’arbitrage. Notre Cour a clairement indiqué que l’arbitrage, en tant que mécanisme légitime de règlement des différends à caractère privé, s’applique à toutes sortes de litiges, sauf si la législature a explicitement manifesté son intention

arbitration legislation. In British Columbia, no such explicit legislative direction has been enacted, and consumer disputes may be resolved by way of arbitration.

[141] Ms. Seidel nevertheless argues that an arbitrator lacks the jurisdiction to grant either of the specific remedies contemplated in s. 172 of the *BPCPA*: a declaration (s. 172(1)(a)), or an interim or permanent injunction (s. 172(1)(b)). She submits that these remedies can be granted only by the British Columbia Supreme Court and, therefore, that s. 172(1) itself creates a substantive right to have a dispute resolved in the public court system. As a result, the agreement to submit this dispute to arbitration constitutes a waiver — in violation of s. 3 of the *BPCPA* — of the substantive right to those particular remedies. In effect, Ms. Seidel argues that the prospective arbitrator lacks jurisdiction to grant the remedy being sought and therefore lacks jurisdiction over the subject matter of her claim (see, e.g., *Bisaillon*, at para. 29). This argument raises a question of law which, pursuant to the exception in *Dell*, may be considered in the first instance by a court rather than the arbitrator. In light of ss. 171 and 172 of the *BPCPA* and of the powers conferred on arbitrators in British Columbia, we are of the view that the legislature has not barred the submission of such claims to arbitration.

[142] Ms. Seidel's argument is grounded in s. 3 of the *BPCPA*, which provides that any waiver of rights, benefits or protections under that Act is void. The real question here is whether the identification in s. 172(1) of the Supreme Court as the forum where an action may be brought constitutes a right, benefit or protection that cannot — by virtue of s. 3 — be waived. To answer this question, it must be determined, as a matter of law, what rights, benefits and protections are found in s. 172. In other words, when s. 3 operates to prevent a waiver of rights, benefits or protections, does it apply only to the remedy sought by the claimant or does it also encompass the choice of the forum in which the remedy can be obtained? In answering this question of law, we are of the view that means are just

de soustraire l'objet du litige à la législation en matière d'arbitrage. En Colombie-Britannique, la législature n'a pas explicitement légiféré en ce sens, et les litiges de consommation peuvent être soumis à l'arbitrage.

[141] M<sup>me</sup> Seidel soutient néanmoins que l'arbitre n'a pas compétence pour accorder l'une ou l'autre des mesures de réparation prévues à l'art. 172 de la *BPCPA* : un jugement déclaratoire (al. 172(1)a)), ou une injonction provisoire ou permanente (al. 172(1)b)). Selon M<sup>me</sup> Seidel, seule la Cour suprême de la Colombie-Britannique peut le faire, de sorte que le par. 172(1) lui-même crée un droit substantiel de demander à l'appareil judiciaire public de trancher un litige. L'entente visant à soumettre le présent litige à l'arbitrage constituerait donc une renonciation — contraire à l'art. 3 de la *BPCPA* — au droit substantiel de solliciter les réparations susmentionnées. En fait, M<sup>me</sup> Seidel soutient que l'arbitre potentiel n'a pas compétence pour accorder les réparations demandées, et donc sur l'objet de sa demande (voir à titre d'exemple *Bisaillon*, par. 29). Cet argument soulève une question de droit qui, selon l'exception prescrite dans *Dell*, doit être tranchée d'abord par un tribunal judiciaire plutôt que par un arbitre. Compte tenu des art. 171 et 172 de la *BPCPA* ainsi que des pouvoirs conférés aux arbitres en Colombie-Britannique, nous estimons que la législature n'a pas exclu le renvoi à l'arbitrage de ces demandes.

[142] L'argument de M<sup>me</sup> Seidel repose sur l'art. 3 de la *BPCPA*, qui prévoit la nullité de toute renonciation aux droits, avantages ou protections prévus par cette loi. En réalité, il faut décider à cette étape si la désignation, au par. 172(1), de la Cour suprême comme instance où une action peut être intentée constitue un droit, un avantage ou une protection auquel l'art. 3 interdit de renoncer. Pour répondre à cette question, on doit déterminer, sur le plan juridique, la nature des droits, avantages et protections qu'énonce l'art. 172. Autrement dit, lorsque l'art. 3 s'applique de manière à empêcher une renonciation à des droits, avantages ou protections, vise-t-il seulement la réparation sollicitée par le demandeur ou aussi le choix de l'instance susceptible de l'accorder? À notre avis, la réponse à cette question est

a way to attain an end. The remedy is the end, and the same remedies, and perhaps others as well, can be obtained through the arbitration process as they can through the public court system. The remedy sought by a claimant under s. 172 is a declaration or an injunction. Either an arbitrator or a court can adjudicate a monetary claim under s. 171. What is important here is that the adjudicator has jurisdiction to make a declaration or order an injunction, which are the same remedies as are contemplated in s. 172.

[143] These comments foreshadow our views on the question whether arbitrators lack the specific jurisdiction to grant the declaratory relief and order the interim or permanent injunctions contemplated in ss. 172(1)(a) and (b), and to grant the ancillary remedies provided for in s. 172(3). If they do not have authority to do this, then to the extent that Ms. Seidel's claims include a request for declaratory and injunctive relief, the agreement to arbitrate would constitute a waiver contrary to s. 3 of the *BPCPA*, because recourse to arbitration would result in the loss of a right, benefit or protection within the meaning of s. 3 of the *BPCPA*.

[144] In adjudicating disputes that are submitted to them, arbitrators are required to apply the law. Section 23 of the *CAA* provides:

**23** An arbitrator must adjudicate the matter before the arbitrator by reference to law unless the parties, as a term of an agreement referred to in section 35, agree that the matter in dispute may be decided on equitable grounds, grounds of conscience or some other basis.

Similarly, Rule 33 of the *BCICAC* Rules provides:

**33. . . .**

An arbitration tribunal shall decide the dispute in accordance with the law unless the parties agree in writing in accordance with section 23 of the *Commercial*

que les moyens constituent simplement une façon d'arriver à une fin. La réparation est la fin, et le recours à l'arbitrage permet d'obtenir les mêmes réparations, et peut-être d'autres encore, que le recours au système judiciaire public. Le demandeur qui se fonde sur l'art. 172 cherche à obtenir un jugement déclaratoire ou une injonction. Tant l'arbitre que les tribunaux peuvent trancher une demande pécuniaire fondée sur l'art. 171. L'important en l'espèce, c'est que le décideur possède le pouvoir de rendre un jugement déclaratoire ou une injonction, les réparations mêmes qu'envisage l'art. 172.

[143] Les remarques précédentes laissent présager notre opinion sur la question de savoir si les arbitres sont dépourvus de la compétence nécessaire pour accorder les jugements déclaratoires et les injonctions provisoires ou permanentes prévus aux al. 172(1)a) et b) ainsi que les mesures de réparation accessoires prévues au par. 172(3). S'ils ne possèdent pas ce pouvoir, il faut, dans la mesure où M<sup>me</sup> Seidel cherche à obtenir un jugement déclaratoire et des injonctions, conclure que la convention d'arbitrage constitue une renonciation interdite par l'art. 3 de la *BPCPA*. En effet, le recours à l'arbitrage la priverait d'un droit, un avantage ou une protection au sens de l'art. 3 de la *BPCPA*.

[144] Pour trancher les litiges qui leur sont soumis, les arbitres doivent appliquer la loi, comme le prévoit l'art. 23 de la *CAA* :

[TRADUCTION]

**23** L'arbitre statue sur l'affaire dont il est saisi en tenant compte des lois applicables à moins que les parties, suivant une convention visée à l'article 35, n'aient convenu qu'il peut se fonder sur des motifs d'équité, des raisons de conscience ou d'autres motifs.

Dans la même veine, l'art. 33 des règles du *BCICAC* prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

**33. . . .**

Le tribunal d'arbitrage statue sur le litige conformément à la loi à moins que les parties ne conviennent par écrit aux termes de l'article 23 de la *Commercial Arbitration*

*Arbitration Act* that the matter in dispute may be decided on equitable grounds, grounds of conscience or some other basis.

[145] Arbitrators exercising their jurisdiction under arbitration legislation are generally understood, provided that the arbitration agreement is broadly drafted, to have “jurisdiction to make any award a court could make, whether sounding in contract, tort, equity or by statute” (Casey and Mills, at p. 151).

[146] But the British Columbia legislation goes further, as it explicitly grants arbitrators broad remedial powers. As we noted above, s. 22 of the CAA provides that, unless the parties agree otherwise, the BCICAC Rules apply to all arbitrations conducted under that Act. Rule 29 of the BCICAC Rules addresses the arbitrator’s remedial jurisdiction:

## 29. General Powers of the Arbitration Tribunal

- (1) Without limiting the generality of Rule 19 or any other Rule which confers jurisdiction or powers on the arbitration tribunal, and unless the parties at any time agree otherwise, the tribunal may:
  - (a) order an adjournment of the proceedings from time to time;
  - (b) make a partial award;
  - (c) make an interim order or award on any matter with respect to which it may make a final award, including an order for costs, or any order for the protection or preservation of property that is the subject matter of the dispute;
  - (d) order inspection of documents, exhibits or other property, including a view or physical inspection of property;
  - (e) order the recording of any oral hearing;
  - (f) at any time extend or abridge a period of time fixed or determined by it, or any period of time required in these Rules;

*Act* qu’il peut se fonder sur des motifs d’équité, des raisons de conscience ou d’autres motifs.

[145] De façon générale, on reconnaît que, dans l’exercice de leur compétence sous le régime des lois en matière d’arbitrage, et pourvu que la convention d’arbitrage en cause soit rédigée en termes généraux, les arbitres possèdent le [TRADUCTION] « pouvoir de rendre les ordonnances que pourraient rendre les tribunaux judiciaires, que ce soit sur le fondement du droit des contrats, la responsabilité délictuelle ou l’équité, ou en vertu de la loi » (Casey et Mills, p. 151).

[146] Mais la législation de la Colombie-Britannique va plus loin, en accordant explicitement aux arbitres de larges pouvoirs de réparation. Comme nous l’avons souligné précédemment, l’art. 22 de la CAA dispose que, sauf entente contraire des parties, les règles du BCICAC s’appliquent à tous les arbitrages tenus sous le régime de la Loi. Par ailleurs, l’art. 29 des règles du BCICAC accorde à l’arbitre les pouvoirs de réparation suivants :

[TRADUCTION]

## 29. Pouvoirs généraux du tribunal d’arbitrage

- (1) Sans restreindre la généralité de l’article 19 des présentes règles ou de toute autre disposition y figurant et conférant compétence ou des pouvoirs au tribunal d’arbitrage, et sauf entente contraire des parties, le tribunal d’arbitrage peut :
  - a) ordonner un ajournement de l’instance;
  - b) rendre une ordonnance partielle;
  - c) rendre une ordonnance provisoire ou se prononcer sur toute question pouvant faire l’objet d’une sentence définitive, notamment en matière de dépens, ou rendre une ordonnance visant à protéger ou à préserver les biens visés par le litige;
  - d) ordonner l’examen de documents, pièces ou autres biens, notamment une inspection matérielle;
  - e) ordonner que l’audience soit enregistrée;
  - f) en tout temps, proroger ou abrégé un délai qu’il a lui-même fixé ou tout délai prescrit par les présentes règles;

- |  |  |
|--|--|
| <p>(g) empower one member of the arbitration tribunal to make interim and other orders, including settling of matters at the pre-hearing meeting, that do not deal with the issues in dispute;</p> <p>(h) order any party to provide security for the legal or other costs of any other party by way of a deposit or bank guarantee or in any other manner the arbitration tribunal thinks fit;</p> <p>(i) order any party to provide security for all or part of any amount in dispute in the arbitration;</p> <p>(j) order that any party or witness shall be examined on oath or affirmation, and may for that purpose administer any necessary oath or take any necessary affirmation;</p> <p>(k) <u>make an award ordering specific performance, rectification, injunctions and other equitable remedies.</u></p> | <p>g) permettre à un membre du tribunal d'arbitrage de rendre des ordonnances provisoires ou autres, notamment en vue de régler des questions soulevées lors d'une rencontre préalable à l'audience et qui ne concernent pas le fond du litige;</p> <p>h) ordonner à une partie de fournir un cautionnement pour les frais juridiques ou autres d'une partie en déposant une somme ou en présentant une garantie bancaire ou de toute autre façon que le tribunal d'arbitrage estime appropriée;</p> <p>i) ordonner à toute partie de fournir une garantie à l'égard de tout ou partie du montant en litige;</p> <p>j) ordonner qu'une partie ou un témoin soit interrogé sous serment ou sous affirmation solennelle et, à cette fin, faire prêter serment ou recevoir une affirmation solennelle;</p> <p>k) <u>ordonner des exécutions en nature, ordonner la rectification, prononcer des injonctions et ordonner d'autres mesures de réparation reconnues en equity.</u></p> |
|--|--|

[147] In *Automatic Systems Inc.* and in *Wires Jolley*, the Ontario Court of Appeal drew a helpful distinction between the designation, at the procedural level, of a particular forum and the substantive protections provided by a particular legislative scheme. So long as the choice of a particular forum does not result in a loss of the substantive right to a remedy provided for in the legislation, the dispute can properly be resolved in the designated forum.

[148] An arbitrator deriving his or her authority from the CAA, and by extension from the BCICAC Rules, also has broad remedial powers. Rule 29(1)(k) specifically authorizes the arbitrator to order “injunctions and other equitable remedies”. The arbitrator can therefore, unless the parties have agreed otherwise, grant the declaratory and injunctive relief sought by Ms. Seidel under ss. 172(1)(a) and (b) of the *BPCPA*.

[149] Our colleague argues that in the consumer context, the principles of access to justice require a public form of relief that is not limited to the

[147] Dans les arrêts *Automatic Systems Inc.* et *Wires Jolley*, la Cour d'appel de l'Ontario a établi une distinction utile entre la désignation, sur le plan procédural, de l'instance pouvant être saisie d'une affaire et les mesures de protection substantielles mises en place par un régime législatif donné. Dès lors que le choix d'une juridiction particulière n'élimine pas le droit substantiel d'obtenir une réparation prévue par la législation, l'instance désignée peut à juste titre connaître du litige.

[148] L'arbitre qui tire sa compétence de la CAA, et de ce fait des règles du BCICAC, possède lui aussi de larges pouvoirs de réparation. L'alinéa 29(1)(k) des règles l'autorise explicitement à prononcer [TRADUCTION] « des injonctions et ordonner d'autres mesures de réparation reconnues en equity ». L'arbitre peut donc, sauf en cas d'entente contraire des parties, prononcer le jugement déclaratoire et l'injonction sollicités par M<sup>me</sup> Seidel sur le fondement des al. 172(1)(a) et (b) de la *BPCPA*.

[149] Notre collègue affirme que, dans le contexte de la protection des consommateurs, les principes de l'accès à la justice exigent une mesure de

parties to the consumer transaction in issue, and also require that the claims themselves be adjudicated in only one public forum: the courts. We would respond to this argument by observing that access to justice is protected both by the broad powers given to arbitrators and by the representative action provided for in the *BPCPA*.

[150] Although third party consumers benefiting from a declaration or injunction issued by an arbitrator against TELUS would not be bound by the arbitrator's order, TELUS would be bound by it. Since no undertaking is sought from third party consumers, there is no detriment to them in an order that is not binding on them. The arbitrator has the authority to order the relief being sought as it relates to Ms. Seidel's claim against TELUS. Ms. Seidel and TELUS are both parties to the arbitration agreement.

[151] Our colleague emphasizes the fact that the arbitration proceedings themselves take place in a private and confidential setting. However, what Ms. Seidel seeks is a result. There is no requirement that the arbitral award itself, which would incorporate the remedy she seeks, be private and confidential. First, a party is always free to submit an arbitral award to the court for enforcement pursuant to s. 29 of the *CAA*:

**29** With leave of the court, an award may be enforced in the same manner as a judgment or order of the court to the same effect, and judgment may be entered in the terms of the award.

The procedure for enforcing an award is provided for in the arbitration clause agreed to by the parties to this dispute, which reads, in part, that “[e]ither party may commence court proceedings to enforce the arbitration result when an arbitration decision shall have been rendered and thirty (30) days have passed from the date of such decision.”

réparation publique qui ne saurait viser uniquement les parties à l'opération commerciale en litige, et que les recours eux-mêmes doivent être instruits par une seule instance publique : le tribunal judiciaire. En réponse à cet argument, nous faisons remarquer que l'accès à la justice est protégé tant par les vastes pouvoirs dévolus aux arbitres que par la possibilité, pour le représentant, d'exercer un recours sous le régime de la *BPCPA*.

[150] Les consommateurs tiers qui tirent profit d'un jugement déclaratoire ou d'une injonction prononcé par un arbitre à l'encontre de TELUS ne seraient pas liés par l'ordonnance de l'arbitre, mais TELUS le serait. Puisqu'on n'a pas demandé à d'autres consommateurs de prendre des engagements, il n'y aurait aucun inconvénient à rendre une ordonnance ne liant pas ces tiers. L'arbitre détient le pouvoir d'accorder les réparations sollicitées dans la mesure où elles concernent le litige entre M<sup>me</sup> Seidel et TELUS. M<sup>me</sup> Seidel et TELUS sont toutes deux parties à la convention d'arbitrage.

[151] Notre collègue met l'accent sur le fait que les procédures d'arbitrage en tant que telles se déroulent en privé de façon confidentielle, mais ce que M<sup>me</sup> Seidel cherche à obtenir, c'est une décision. Il n'existe aucune obligation de garder confidentielle la décision arbitrale elle-même, dans laquelle serait prévue la réparation sollicitée par M<sup>me</sup> Seidel si cette dernière a gain de cause. D'abord, une partie conserve toujours la possibilité de demander l'exécution de la sentence arbitrale devant la cour de justice en vertu de l'art. 29 de la *CAA* :

[TRADUCTION]

**29** Avec l'autorisation de la cour, une sentence peut être exécutée de la même manière qu'un jugement ou une ordonnance de la cour au même effet, et le jugement peut être incorporé à la sentence.

Puis, la clause d'arbitrage convenue par les parties au présent litige prévoit les modalités d'exécution de la décision. Nous citons l'extrait pertinent de cette clause : [TRADUCTION] « L'une ou l'autre des parties peut intenter une action en justice en vue de faire respecter et exécuter la sentence arbitrale rendue, après un délai de trente (30) jours à compter de la date de cette sentence. »



[152] Second, we reiterate that arbitrators who derive their authority from the CAA have broad remedial powers at their disposal, including the authority to grant “injunctions and other equitable remedies” (r. 29(1)(k), BCICAC Rules). They also must apply the law (s. 23, CAA; r. 33, BCICAC Rules). There is nothing in the record that would suggest that they cannot issue the same kind of injunctive relief as is contemplated in s. 172(1)(b) of the *BPCPA*. Therefore, an arbitrator could order a supplier, in this case TELUS, to advertise the particulars of any order or award granted against it to the public at large (s. 172(3)(c)). An order that the supplier do so would fulfill the public purpose that our colleague considers to be necessary if the broader goals of the *BPCPA* are to be attained. Given their broad remedial powers, arbitrators are authorized to grant this very public remedy.

[153] This brings us to another aspect of the question: Does the reference in s. 172 to the British Columbia Supreme Court as the forum in which claims *may* be brought show that the legislature intended to confer exclusive jurisdiction on that court to adjudicate claims under the *BPCPA*? In our view, in light of the context, the words of the provision, and the authorities, this question must be answered in the negative.

[154] Section 171 of the *BPCPA*, as we saw above, mainly concerns the recovery of damages. Our colleague Binnie J. agrees that the general rules for jurisdiction apply to such claims and that they can validly be adjudicated in the first instance by an arbitrator. Section 171 is relevant because it refers specifically to the Provincial Court, providing that that court has jurisdiction even though the contravention of the *BPCPA* may also constitute a libel or slander, which is a matter over which it would not otherwise have jurisdiction (see, for the general rules: *Supreme Court Act*, R.S.B.C. 1996, c. 443, s. 15; *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1996, c. 379; *Small Claims Act*, R.S.B.C. 1996, c. 430, s. 3). This can be compared with the reference in s. 172

[152] Ensuite, rappelons que les arbitres qui tirent leur compétence de la CAA disposent de vastes pouvoirs de réparation, notamment celui de prononcer [TRADUCTION] « des injonctions et [d']ordonner d'autres mesures de réparation reconnues en equity » (al. 29(1)(k), règles du BCICAC). Ils doivent en outre appliquer les lois (art. 23, CAA; art. 33, règles du BCICAC). Rien dans le dossier ne laisse croire que les arbitres ne pourraient pas rendre le même genre d'injonction que celle envisagée par l'al. 172(1)(b) de la *BPCPA*. Ainsi, un arbitre pourrait ordonner à un fournisseur, en l'espèce TELUS, d'informer le public en général du contenu de tout jugement ou ordonnance prononcé contre elle (al. 172(3)(c)). Une ordonnance de cette nature remplirait l'objectif d'ordre public qui, selon notre collègue, est nécessaire pour atteindre les objectifs plus généraux de la *BPCPA*. Les vastes pouvoirs de réparation dévolus aux arbitres leur permettent d'accorder cette réparation publique.

[153] Cela nous amène à un autre aspect de la question : celui de déterminer si la désignation, à l'art. 172, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique comme instance où des demandes *peuvent* être introduites confirme l'intention de la législature de conférer à cette cour la compétence exclusive de trancher ces demandes en vertu de la *BPCPA*. À notre avis, le contexte général, le libellé de cette disposition, la doctrine et la jurisprudence permettent de répondre à cette question par la négative.

[154] Comme nous l'avons vu, l'art. 171 de la *BPCPA* porte principalement sur les demandes de dommages-intérêts. Notre collègue le juge Binnie convient que les règles générales en matière de compétence s'appliquent, et qu'un arbitre peut valablement trancher les demandes susmentionnées en première instance. L'art. 171 est pertinent parce qu'il prévoit expressément que la Cour provinciale est compétente même si une infraction à la *BPCPA* peut aussi constituer un libelle ou de la diffamation, des délits sur lesquels elle n'aurait par ailleurs pas compétence (pour ce qui est des règles générales, voir : *Supreme Court Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 443, art. 15; *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 379; *Small Claims Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 430,

to the British Columbia Supreme Court. There is no departure from the general rules in s. 172, and its purpose is to clarify that the Supreme Court, not the Provincial Court, may grant declaratory and injunctive relief. This reference does not, on its own, indicate that the Supreme Court's jurisdiction over the remedies provided for in s. 172 is exclusive. The use of the word "may" makes it even clearer that the Supreme Court is not intended to be the only forum in which these remedies can be sought. Here once again is the text of s. 172(1):

**172 (1)** The director or a person other than a supplier, whether or not the person bringing the action has a special interest or any interest under this Act or is affected by a consumer transaction that gives rise to the action, may bring an action in Supreme Court for one or both of the following:

- (a) a declaration that an act or practice engaged in or about to be engaged in by a supplier in respect of a consumer transaction contravenes this Act or the regulations;
- (b) an interim or permanent injunction restraining a supplier from contravening this Act or the regulations.

[155] Confirmation of this interpretation respecting jurisdiction can be found in cases concerning similar references to superior or statutory courts in the context of arbitration clauses. The argument made by Ms. Seidel was in fact raised in *Desputeaux*. In that case, the Court was asked to determine, *inter alia*, whether an agreement to refer a dispute over copyright to arbitration was enforceable in light of s. 37 of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42, which read as follows:

**37.** The Federal Court has concurrent jurisdiction with provincial courts to hear and determine all

art. 3). Ces éléments sont comparables à la désignation, à l'art. 172, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Cette disposition ne déroge pas aux règles générales et vise à préciser que c'est la Cour suprême, et non la Cour provinciale, qui peut rendre des jugements déclaratoires et accorder des injonctions. Cette seule mention de la Cour suprême ne suffit pas par elle-même pour confirmer l'attribution à cette Cour d'une compétence exclusive sur les réparations prévues à l'art. 172. L'usage du mot [TRADUCTION] « peut » dans cet article révèle encore plus clairement l'intention de ne pas attribuer seulement à la Cour suprême le pouvoir d'attribuer les réparations en question. Nous reproduisons encore une fois ci-dessous le texte du par. 172(1) :

[TRADUCTION]

**172 (1)** Le directeur ou une personne autre qu'un fournisseur — que cette personne ait ou non un intérêt, particulier ou autre, à faire valoir sous le régime de la présente loi ou qu'elle soit ou non touchée par l'opération commerciale à l'origine du litige — peut intenter une action devant la Cour suprême en vue d'obtenir :

- a) un jugement déclarant qu'un acte commis par un fournisseur, ou sur le point de l'être, ou une pratique qu'il utilise, ou est sur le point d'utiliser, en ce qui concerne une opération commerciale contrevient à la présente loi ou à ses règlements;
- b) une injonction provisoire ou permanente interdisant au fournisseur de contrevenir à la présente loi ou à ses règlements.

[155] La jurisprudence applicable aux autres mentions analogues des cours supérieures ou des cours d'origine législative dans le cas des clauses d'arbitrage confirme également cette interprétation en matière de compétence. En fait, l'argument de M<sup>me</sup> Seidel a été avancé dans *Desputeaux*. Dans cette affaire, on a demandé à notre Cour de déterminer notamment si une convention visant à assujettir à l'arbitrage un litige en matière de droit d'auteur était exécutoire compte tenu de l'art. 37 de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42, qui est rédigé en ces termes :

**37.** La Cour fédérale, concurremment avec les tribunaux provinciaux, connaît de toute procédure liée à

proceedings, other than the prosecution of offences under section 42 and 43, for the enforcement of a provision of this Act or of the civil remedies provided by this Act.

It was argued that the effect of s. 37 was to prevent disputes under the *Copyright Act* from being heard and resolved in any forum other than a court — either the Federal Court or the Quebec Superior Court in that case.

[156] This Court disagreed, concluding that the purpose of s. 37 was merely to designate a forum:

The purpose of enacting a provision like s. 37 of the *Copyright Act* is to define the jurisdiction *ratione materiae* of the courts over a matter. It is not intended to exclude arbitration. It merely identifies the court which, within the judicial system, will have jurisdiction to hear cases involving a particular subject matter. It cannot be assumed to exclude arbitral jurisdiction unless it expressly so states. Arbitral jurisdiction is now part of the justice system of Quebec, and subject to the arrangements made by Quebec pursuant to its constitutional powers. [*Desputeaux*, at para. 42]

[157] The Ontario Court of Appeal applied and elaborated upon *Desputeaux* in *Wires Jolley*, in which the issue was whether s. 23 of the *Solicitors Act*, R.S.O. 1990, c. S.15, conferred exclusive jurisdiction on the Superior Court of Justice. Section 23 provided:

23. No action shall be brought upon any such agreement, but every question respecting the validity or effect of it may be examined and determined, and it may be enforced or set aside without action on the application of any person who is a party to the agreement or who is or is alleged to be liable to pay or who is or claims to be entitled to be paid the costs, fees, charges or disbursements, in respect of which the agreement is made, by the court, not being the Small Claims Court, in which the business or any part of it was done or a judge thereof, or, if the business was not done in any court, by the Superior Court of Justice.

Applying *Desputeaux*, the Ontario Court of Appeal concluded that s. 23 was simply a forum designation provision:

l'application de la présente loi, à l'exclusion des poursuites visées aux articles 42 et 43.

On a soutenu que l'art. 37 empêcherait toute instance autre qu'un tribunal judiciaire — la Cour fédérale et la Cour supérieure du Québec dans cette affaire — d'instruire et de régler les litiges visés par la *Loi sur le droit d'auteur*.

[156] Notre Cour n'a pas accepté cette thèse, concluant que l'art. 37 ne visait qu'à identifier une instance susceptible de connaître de certains litiges :

L'adoption d'une disposition comme l'art. 37 de la *Loi sur le droit d'auteur* vise à définir la compétence matérielle des tribunaux judiciaires sur une question. Elle n'entend pas exclure la procédure arbitrale. Elle ne fait qu'identifier le tribunal qui, au sein de l'organisation judiciaire, aura compétence pour entendre les litiges concernant une matière particulière. On ne saurait présumer qu'elle exclut la juridiction arbitrale, faute de la mentionner expressément. Celle-ci fait maintenant partie du système de justice du Québec, tel que celui-ci peut l'aménager en vertu de ses compétences constitutionnelles. [*Desputeaux*, par. 42]

[157] Dans *Wires Jolley*, la Cour d'appel de l'Ontario a appliqué l'arrêt *Desputeaux* et poussé plus loin l'analyse qui y est faite. Dans *Wires Jolley*, il fallait décider si l'art. 23 de la *Loi sur les procureurs*, L.R.O. 1990, ch. S.15, conférait à la Cour supérieure de justice une compétence exclusive. L'article 23 prévoyait ce qui suit :

23 Nulle action ne doit être intentée à l'égard de l'entente mais, à l'exception de la Cour des petites créances, le tribunal qui a été saisi de l'affaire ou d'une partie de celle-ci ou un juge de ce tribunal ou, si l'affaire n'a pas été soumise à un tribunal, la Cour supérieure de justice, peut étudier et trancher toute question relative à la validité ou à l'effet de l'entente, en ordonner l'exécution ou la réconciliation sur requête d'une partie à l'entente ou de quiconque est tenu ou prétend être tenu de payer ou a le droit d'exiger ou prétend avoir le droit d'exiger les dépens, honoraires, frais ou débours visés par l'entente.

Appliquant l'arrêt *Desputeaux*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la seule fonction de l'art. 23 consistait à identifier une instance compétente :

... simply because the *Solicitors Act* refers to a Superior Court judge as having the jurisdiction to protect clients' rights, this does not mean that disputes arising between a solicitor and a client may not be submitted to arbitration. The Act simply identifies the person within the judicial system empowered to make a decision. The right to have an independent decision maker who can interpret the agreement and make a decision respecting a contingency fee dispute is preserved through arbitration and hence the public policy of the Act, the provision of a forum for legitimate dispute resolution, is not undermined. [para. 73]

Satisfied that the statutory rights going to the merits of the dispute would not be affected by the enforcement of the arbitration clause, the court held that the dispute could properly be submitted to arbitration.

[158] This approach to determining whether a dispute can be submitted to arbitration rather than having a court resolve it appears to have existed before *Desputeaux*. For example, in *Automatic Systems Inc.*, the issue before the Ontario Court of Appeal was whether a construction lien claim could be resolved by arbitration, as stipulated in an agreement that was subject to legislation respecting international arbitrations. Austin J.A. considered whether the lien claimant would lose any right if the dispute was submitted to arbitration. He concluded that it was not apparent that the party seeking to resist arbitration "will lose any right it presently has" (para. 17).

[159] In the instant case, s. 172(1) of the *BPCPA* designates the British Columbia Supreme Court as a forum in which an action *may* be brought. It is not nearly specific enough to indicate that the legislature intended to exclude arbitration as a mechanism for resolving disputes concerning claims under the *BPCPA*. The conclusion of the Ontario Court of Appeal in *Wires Jolley* with respect to s. 23 of the *Solicitors Act* — that it identifies the person within the judicial system empowered to make a decision — also applies here to s. 172(1) of the *BPCPA*.

[TRANSLATION] ... l'arbitrage des litiges entre avocat et client n'est pas écarté du simple fait que la *Loi sur les procureurs* indique qu'un juge de la Cour supérieure de justice a le pouvoir de protéger les droits des clients. La Loi ne fait que déterminer quelle personne au sein du système judiciaire a le pouvoir de rendre une décision. Le droit de soumettre le litige à un décideur indépendant, qui peut interpréter l'entente et rendre une décision quant à des honoraires conditionnels, est préservé par l'arbitrage, de sorte que le principe d'intérêt public qui sous-tend la Loi, à savoir veiller à ce qu'une instance soit légitimement en mesure de régler un différend, n'est pas entaché. [par. 73]

Convaincue que les droits prévus par la loi ayant une incidence sur le fond du litige ne seraient pas compromis par l'application de la clause d'arbitrage, la Cour d'appel a jugé que le litige pouvait à juste titre être soumis à l'arbitrage.

[158] Nous constatons que, même avant l'arrêt *Desputeaux*, l'approche susmentionnée semble avoir été utilisée en vue de confirmer la possibilité d'un recours à l'arbitrage et de nier la nécessité d'une action en justice. À titre d'exemple, dans *Automatic Systems Inc.*, la Cour d'appel de l'Ontario a été appelée à déterminer si un recours fondé sur un privilège de construction pouvait être soumis à l'arbitrage aux termes d'une convention régie par la législation en matière d'arbitrage international. Le juge Austin s'est demandé si le recours à l'arbitrage mettrait en péril des droits appartenant au créancier privilégié. Selon lui, il n'était pas évident que la partie s'opposant à l'arbitrage [TRANSLATION] « perdrait des droits qu'elle possède déjà » (par. 17).

[159] En l'espèce, le par. 172(1) de la *BPCPA* prévoit qu'une action *peut* être intentée devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Son libellé n'est pas suffisamment précis pour permettre de conclure que la législature a voulu exclure l'arbitrage des mécanismes de règlement des différends susceptibles d'être utilisés pour trancher des demandes fondées sur la *BPCPA*. La conclusion tirée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Wires Jolley* à propos de l'art. 23 de la *Loi sur les procureurs* — selon laquelle cet

Subsection 172(1) identifies the appropriate forum in the judicial system, but it does not exclude the jurisdiction of other fora, such as an arbitral tribunal.

[160] We endorse the view that a clear statement of legislative intent is necessary for a court to conclude that a particular category of disputes cannot be submitted to arbitration. To hold otherwise would be to revert to the former judicial hostility towards arbitration, and to the pre-*Zodiak* view that there is a right to bring an action in the public court system that cannot be waived. Despite his assertion that “[a]bsent legislative intervention, the courts will generally give effect to the terms of a commercial contract freely entered into, even a contract of adhesion, including an arbitration clause” (at para. 2), we see our colleague Binnie J.’s reasons as an example of such a reversion.

[161] The facts that the *BPCPA* addresses a public purpose and that it designates the Supreme Court as a forum for declaratory or injunctive relief in pursuit of that purpose are not nearly sufficient for us to conclude that s. 172 “constitutes a legislative override of the parties’ freedom to choose arbitration” (reasons of Binnie J., at para. 40). We agree with our colleague that the legislature is free to rely on the initiative of private litigants to achieve the public purpose of remedying breaches of the *BPCPA* and that in these times of budgetary constraints it may not have much choice. By enacting s. 172, the legislature provided a means not only to have claims dealt with by the director or any person, both of whom seek orders on behalf of consumers, but also to have the arbitration rules apply. In doing so, it provided a way to use the private dispute resolution system to obtain the same declaratory or injunctive relief against a supplier as can be obtained by means of a class

article identifie la personne qui, au sein du système judiciaire, est investie du pouvoir décisionnel — vaut aussi en l’espèce pour le par. 172(1) de la *BPCPA*. Ce paragraphe désigne l’instance qui, au sein du système judiciaire, peut être saisie du litige mais il ne vise pas à écarter la compétence d’autres instances comme les tribunaux d’arbitrage.

[160] Nous partageons l’opinion selon laquelle une déclaration claire de l’intention du législateur est nécessaire pour soustraire une catégorie particulière de litiges à l’arbitrage. Le point de vue contraire implique un retour à l’attitude hostile à l’arbitrage que manifestaient jadis les tribunaux judiciaires, et à l’approche utilisée avant l’arrêt *Zodiak* qui niait la possibilité de renoncer au droit d’intenter une action devant le système judiciaire public. Bien qu’il précise qu’« [e]n l’absence d’intervention de la législature, les tribunaux donnent généralement effet aux clauses d’un contrat commercial librement conclu dans lequel figure une clause d’arbitrage, et ce, même s’il s’agit d’un contrat d’adhésion » (par. 2), à notre avis, le propos de notre collègue le juge Binnie constitue un tel retour en arrière.

[161] Le fait que la *BPCPA* serve une fin d’intérêt public et désigne à cet égard la Cour suprême comme instance habilitée à prononcer un jugement déclaratoire ou à accorder une injonction est loin d’être suffisamment explicite pour nous permettre de conclure que l’art. 172 « constitue une dérogation législative à la liberté des parties de choisir l’arbitrage » (motifs du juge Binnie, par. 40). Nous convenons avec notre collègue qu’il est loisible à la législature de se fier aux initiatives de parties privées pour atteindre l’objectif d’intérêt public de remédier aux infractions à la *BPCPA* et qu’en cette période de compressions budgétaires, elle n’a peut-être pas vraiment le choix. Toutefois, en édictant l’art. 172, la législature a permis non seulement au directeur et à toute autre personne qui sollicitent des ordonnances au nom de l’ensemble des consommateurs de poursuivre les demandes, mais elle a aussi autorisé le traitement de ces demandes en vertu des règles d’arbitrage. La législature a ainsi fourni un

action. Access to justice can only be enhanced by this approach.

[162] Finally, we note that our colleague's approach would result in bifurcated proceedings. He concludes that the arbitration clause applies to Ms. Seidel's claim for damages under either the common law or s. 171 of the *BPCPA*, but that her claims for declaratory and injunctive relief under s. 172(1) fall within the jurisdiction of the British Columbia Supreme Court. We question whether the additional time and costs inherent in bifurcated claims — and particularly claims split between two different fora — are likely to facilitate access to justice in this context.

[163] Even if there was any doubt that the arbitration clause ousted the jurisdiction of the British Columbia Supreme Court, an action in which declaratory or injunctive relief is sought under s. 172(1) of the *BPCPA* together with ancillary relief under s. 172(3), could hardly satisfy the “preferable procedure” requirement under s. 4(1)(d) of the *CPA* for certifying the action as a class proceeding. In *Marcotte*, the majority of this Court concluded that to authorize a class action for an action in nullity would serve no purpose, because “[a]n individual action in nullity could have resulted in a declaration of nullity that would have applied in respect of all citizens and ratepayers of the municipality” (para. 27). In other words, a declaration of nullity is an *in rem* remedy. This argument applies with equal force to the effect of declaratory or injunctive relief granted under the *BPCPA*. Since the director or any person can act as a claimant, a class proceeding in which declaratory or injunctive relief is sought could never satisfy the “preferable procedure” requirement under the *CPA*. This is because an individual action for such relief can, in addition to applying to the supplier, have the same effect as an action *in rem* in respect of all consumers in the province who might have the same

moyen d'obtenir le même jugement déclaratoire ou la même injonction à l'encontre d'un fournisseur par le recours au régime privé de règlement des différends que par l'exercice d'un recours collectif. Cette façon de faire ne peut qu'être bénéfique pour l'accès à la justice.

[162] Enfin, nous faisons remarquer que l'approche prônée par notre collègue donnerait lieu à une bifurcation des procédures. Il conclut que la clause d'arbitrage vise le recours de M<sup>me</sup> Seidel en dommages-intérêts en vertu de la common law ou de l'art. 171 de la *BPCPA*, mais que ses demandes en vue d'obtenir des jugements déclaratoires et des injonctions sur le fondement du par. 172(1) ressortissent à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. On peut se demander si les délais et les coûts additionnels inhérents à une bifurcation des recours — surtout entre deux juridictions différentes — favorisent l'accès à la justice dans le présent contexte.

[163] Même s'il subsistait encore un doute quant à savoir si la convention d'arbitrage a écarté la compétence de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, une demande visant à obtenir un jugement déclaratoire ou une injonction et d'autres réparations accessoires fondées sur les par. 172(1) et (3) de la *BPCPA* pourrait difficilement constituer la [TRADUCTION] « meilleure procédure » de l'al. 4(1)d de la *CPA* et donc être autorisée comme recours collectif. Dans *Marcotte*, les juges majoritaires ont conclu qu'il serait inutile d'autoriser une action en nullité en tant que recours collectif parce qu'« [u]ne action individuelle en nullité aurait permis l'annulation à l'égard de tous les citoyens et contribuables de la municipalité » (par. 27). Autrement dit, une déclaration de nullité a un effet *in rem*. Cet argument vaut tout autant lorsqu'il s'agit des effets d'un jugement déclaratoire ou d'une injonction rendus en vertu de la *BPCPA*. Puisque le directeur ou toute autre personne peut agir comme demandeur, un recours collectif visant à obtenir un jugement déclaratoire ou une injonction ne pourrait en aucun cas répondre à l'exigence de la *CPA* de constituer la « meilleure procédure ». En effet, une action individuelle visant le même résultat pourrait être intentée contre un

claim. Moreover, s. 41 of the *CPA* would prevent certification as a class proceeding of a representative action such as this. Therefore, any argument based on the view that access to justice requires claims based on s. 172 of the *BPCPA* to be made by way of a class proceeding is without merit. Access to justice is fully preserved by arbitration, and there is no need to resort to a class proceeding to so preserve that access.

[164] An arbitrator can grant the remedies contemplated in s. 172 of the *BPCPA* against TELUS. The arbitration agreement between Ms. Seidel and TELUS does not therefore constitute an improper waiver of Ms. Seidel's rights, benefits or protections for the purposes of s. 3 of that Act. Consequently, the *BPCPA*, in its current form, does not provide a court considering a stay application under s. 15 of the *CAA* with a reason for refusing to grant it. Section 3 of the *BPCPA* does not prohibit agreements under which consumer disputes are to be submitted to arbitration or that otherwise limit the possibility of having a proceeding certified as a class proceeding, since s. 172 of the *BPCPA* merely identifies the procedural forum in which an action with respect to the rights, benefits and protections provided for in s. 3 may be brought in the public court system. However, s. 172 does not explicitly exclude alternate fora, such as an arbitration tribunal from acquiring jurisdiction.

[165] Nevertheless, Ms. Seidel raises a number of policy considerations that, in her opinion, preclude a finding that arbitration agreements can apply to consumer disputes. These include the following: (1) arbitration clauses in consumer contracts are a means of denying consumers access to justice; (2) some courts, mostly American, have concluded that arbitration clauses in consumer agreements are unconscionable, particularly when coupled with a waiver of class proceeding rights; (3) arbitration agreements in consumer contracts have the effect of inhibiting the development of the common law in this area; and (4) arbitration clauses in consumer agreements have the effect of

fournisseur et aurait le même effet qu'une action *in rem* à l'égard de tous les consommateurs de la province susceptibles d'exercer le même recours. De plus, l'art. 41 de la *CPA* ferait obstacle à l'autorisation d'un tel recours collectif. Tout argument fondé sur la thèse voulant que le principe d'accès à la justice exige que les actions fondées sur l'art. 172 de la *BPCPA* prennent la forme d'un recours collectif est donc sans fondement. L'accès à la justice est préservé par l'arbitrage sans qu'il soit nécessaire de procéder par voie de recours collectif.

[164] L'arbitre peut accorder, à l'encontre de TELUS, les réparations prévues à l'art. 172 de la *BPCPA*. La convention d'arbitrage entre M<sup>me</sup> Seidel et TELUS ne constitue donc pas une renonciation irrégulière aux droits, avantages ou protections que l'art. 3 de la *BPCPA* confère à M<sup>me</sup> Seidel. Ainsi, dans sa forme actuelle, la *BPCPA* ne fournit aucun motif à un tribunal judiciaire de rejeter une demande de suspension d'instance fondée sur l'art. 15 de la *CAA*. L'article 3 de la *BPCPA* n'interdit pas les conventions visant à assujettir les litiges de consommation à l'arbitrage ou à limiter autrement l'accès au recours collectif parce que l'art. 172 de la *BPCPA* désigne simplement l'instance appelée à statuer, dans le système judiciaire public, sur les droits, avantages et protections qu'offre l'art. 3. Cependant, l'art. 172 n'exclut pas explicitement la possibilité pour d'autres tribunaux, comme les tribunaux d'arbitrage, d'avoir compétence en la matière.

[165] M<sup>me</sup> Seidel soulève néanmoins plusieurs considérations de principe qui, selon elle, empêchent de conclure que les conventions d'arbitrage peuvent s'appliquer à des litiges de consommation. Parmi ces considérations, signalons les suivantes : (1) les clauses d'arbitrage insérées dans les contrats de consommation constituent un moyen de priver les consommateurs de l'accès à la justice; (2) certains tribunaux judiciaires, surtout américains, ont conclu que les clauses d'arbitrage dans les contrats de consommation étaient abusives, particulièrement lorsque s'y ajoute une renonciation aux droits en matière de recours collectifs; (3) les conventions d'arbitrage dans les contrats de

negating the behaviour modification objective of class proceedings (see A.F., at para. 88).

[166] These same concerns have been raised by certain commentators. See, e.g., H. Bromfield, “The Denial of Relief: The Enforcement of Class Action Waivers in Arbitration Agreements” (2009), 43 *U.C. Davis L. Rev.* 315; J. R. Sternlight and E. J. Jensen, “Using Arbitration to Eliminate Consumer Class Actions: Efficient Business Practice or Unconscionable Abuse?” (2004), 67 *Law & Contemp. Probs.* 75; J. M. Glover, “Beyond Unconscionability: Class Action Waivers and Mandatory Arbitration Agreements” (2006), 59 *Vand. L. Rev.* 1735; G. Saumier, “Consumer Arbitration in the Evolving Canadian Landscape” (2009), 113 *Penn. St. L. Rev.* 1203.

[167] However, the belief that arbitration clauses in consumer agreements have the effect of preventing or denying access to justice is not unanimous. See, e.g., A. D. Little, “Canadian Arbitration Law After *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*” (2007), 45 *Can. Bus. L.J.* 356, at pp. 378-79. And none of the discussions of jurisdiction have concerned situations in which the arbitrator’s powers are as broad as in British Columbia.

[168] We cannot agree with Ms. Seidel’s argument that to have the dispute resolved by arbitration would negate the behaviour modification objective of the class proceeding. As we noted above, the parties have agreed in their contract that any arbitration award, which would include any declaratory or injunctive relief granted by the arbitrator, can be enforced by a court. Section 15 of the CAA empowers the court to do so upon granting leave. Moreover, as we mentioned above, the arbitrator would be free to grant the ancillary remedy provided for in s. 172(3)(c): to compel TELUS to advertise the particulars of any order or judgment issued against it to the public at large. Consequently, the

consommation freinent l’évolution de la common law dans ce domaine; et (4) les clauses d’arbitrage dans les contrats de consommation contrecarrent la modification du comportement, un des objectifs des recours collectifs (voir m.a., par. 88).

[166] Certains auteurs ont aussi exprimé les mêmes préoccupations. Voir à titre d’exemple H. Bromfield, « The Denial of Relief : The Enforcement of Class Action Waivers in Arbitration Agreements » (2009), 43 *U.C. Davis L. Rev.* 315; J. R. Sternlight et E. J. Jensen, « Using Arbitration to Eliminate Consumer Class Actions : Efficient Business Practice or Unconscionable Abuse? » (2004), 67 *Law & Contemp. Probs.* 75; J. M. Glover, « Beyond Unconscionability : Class Action Waivers and Mandatory Arbitration Agreements » (2006), 59 *Vand. L. Rev.* 1735; G. Saumier, « Consumer Arbitration in the Evolving Canadian Landscape » (2009), 113 *Penn. St. L. Rev.* 1203.

[167] Toutefois, la croyance que les clauses d’arbitrage dans les contrats de consommation nient l’accès à la justice ne fait pas l’unanimité. Voir à titre d’exemple A. D. Little, « Canadian Arbitration Law After *Dell Computer Corp. v. Union des Consommateurs* » (2007), 45 *Rev. can. dr. comm.* 356, p. 378-379. De plus, aucun de ces auteurs n’a analysé la question de la compétence dans des situations où l’arbitre dispose de pouvoirs aussi vastes que ceux en Colombie-Britannique.

[168] Nous ne pouvons souscrire à l’argument de M<sup>me</sup> Seidel voulant que l’arbitrage empêche la réalisation de l’un des objectifs du recours collectif — celui d’obtenir une modification des comportements. Nous tenons à rappeler que les parties ont convenu par contrat qu’un tribunal judiciaire peut donner force exécutoire à toute sentence arbitrale qui comporterait une ordonnance déclaratoire ou une injonction. L’article 15 de la CAA habilite le tribunal judiciaire à rendre une telle ordonnance sur autorisation. De plus, comme nous l’avons fait remarquer, il est loisible à l’arbitre d’accorder la réparation accessoire prévue à l’al. 172(3)c) consistant à obliger TELUS à informer le public en



potential for modifying TELUS's behaviour would not be negated by having this dispute resolved by arbitration.

[169] This Court has held that standard form contracts or contracts of adhesion are valid and enforceable. While we acknowledge that the arbitration clauses applicable to consumer disputes that are included in standard form contracts may be more problematic from a public policy standpoint, they are not *per se* invalid on the ground that they are contrary to public policy (see, e.g., *Dell*, at para. 228). Nor are they inherently unfair to consumers. To accept this argument, as our colleague Binnie J. implicitly appears to do, would be to return to the former view that arbitration is, in itself, contrary to public policy. Moreover, it would constitute a departure from the *ratio* of *Dell*.

[170] As we mentioned above, this hostility to arbitration is no longer the norm, and the change in attitude was assisted in large part by legislative action. As the Court stated in *Desputeaux*, for example, the purpose of clarifying the meaning of “public order” in the arbitration context “was clearly to put an end to an earlier tendency by the courts to exclude any matter relating to public order from arbitral jurisdiction” (para. 53).

[171] The courts have endorsed the view that for the purpose of determining whether a particular category of disputes can be submitted to arbitration, “public policy” does not require recourse to a different forum so long as the arbitration is conducted in accordance with the statutory regime. For example, in *Wires Jolley*, in which the legislature had not expressly excluded arbitration, the Ontario Court of Appeal rejected the application judge's conclusion that the relationship between members of the legal profession — who have a professional monopoly — and a vulnerable public

général du contenu de tout jugement ou ordonnance prononcé contre elle. La possibilité de contraindre TELUS à modifier son comportement n'est donc pas écartée par le règlement du présent litige en arbitrage.

[169] Notre Cour a statué que les contrats types ou contrats d'adhésion constituent des conventions valides et exécutoires. Nous reconnaissons que les conventions d'arbitrage qui régissent les litiges de consommation et qui se trouvent dans des contrats types peuvent être plus problématiques du point de vue de l'ordre public. Toutefois, elles ne sont pas considérées comme intrinsèquement invalides en raison de leur incompatibilité avec l'ordre public (voir à titre d'exemple *Dell*, par. 228). Elles ne sont pas non plus foncièrement inéquitables envers les consommateurs. Si nous devions accepter cet argument, comme notre collègue le juge Binnie semble le faire implicitement, il en résulterait un retour à l'ancienne attitude suivant laquelle l'arbitrage en soi était jugé contraire à l'ordre public. De plus, on dérogerait ainsi au raisonnement qui sous-tend l'arrêt *Dell*.

[170] Comme nous l'avons affirmé précédemment, cette hostilité vis-à-vis l'arbitrage n'est plus la norme et ce changement découle en grande partie de l'intervention du législateur. Comme l'a déclaré notre Cour dans l'arrêt *Desputeaux*, par exemple, la décision de cerner davantage la notion d'« ordre public » dans le contexte de l'arbitrage « visait clairement à écarter un courant jurisprudentiel antérieur qui soustrayait à la compétence arbitrale toute question relevant de l'ordre public » (par. 53).

[171] Les tribunaux judiciaires ont accepté l'opinion selon laquelle la présence du facteur « ordre public », lorsqu'il s'agit de déterminer s'il est possible de soumettre une catégorie particulière de litiges à l'arbitrage, n'implique pas le recours à une instance différente, pour autant que l'arbitrage respecte le régime législatif applicable. À titre d'exemple, dans *Wires Jolley*, où la législature n'avait pas explicitement exclu l'arbitrage, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté la conclusion du juge des requêtes selon laquelle il revient aux tribunaux judiciaires, pour des raisons d'ordre public, de statuer sur la question

must, as a matter of public policy, be resolved by the courts.

[172] Furthermore, whether an arbitration clause in a consumer contract is unfair or unconscionable must always be determined on a case-by-case basis in light of the relevant facts. This Court has in fact acknowledged that, “under certain circumstances, arbitration may actually be an appropriate or preferable forum for the adjudication of consumer disputes” (*Dell*, at para. 223, *per* Bastarache and LeBel JJ., dissenting, but not on this point). Ms. Seidel nevertheless urges the Court to follow the decisions of a number of American courts, which have held that pre-dispute arbitration agreements, particularly when coupled with a class action waiver, are void by virtue of the unconscionability doctrine in contract law (see, e.g., *Ting v. AT&T*, 319 F.3d 1126 (9th Cir. 2003); *Szetela v. Discover Bank*, 118 Cal.Rptr.2d 862 (Ct. App. 2002)). In Canada, an approach to this issue based on the unconscionability doctrine has not been adopted, however, and this Court has accepted the reality of standard form contracts in the consumer context. The courts have instead left the question whether arbitration is appropriate for particular categories of disputes to the discretion of the legislatures.

[173] It is important to bear in mind that the British Columbia legislature remains free to address any unfairness or harshness that might be perceived to be the result of the inclusion of arbitration clauses in consumer contracts. In fact, the Court’s decision in *Dell* is no longer relevant in the consumer context in Quebec, as the Quebec legislature had already amended the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, before *Dell* was even argued (see, e.g., *An Act to amend the Consumer Protection Act and the Act respecting the collection of certain debts*, S.Q. 2006, c. 56, s. 2). Those amendments were about to come into force at the time *Dell* was heard.

de la relation entre les membres de la profession juridique — qui jouissent d’un monopole sur le plan professionnel — et une population vulnérable.

[172] Par ailleurs, il faut toujours examiner au cas par cas, en tenant compte des faits pertinents, la question de savoir si une convention d’arbitrage se trouvant dans un contrat de consommation est inéquitable ou abusive. Notre Cour a reconnu qu’« il pourrait en fait être approprié ou préférable, dans certaines circonstances, de recourir à l’arbitrage pour régler les litiges de consommation » (*Dell*, par. 223, les juges Bastarache et LeBel, dissidents, mais non sur ce point). M<sup>me</sup> Seidel presse néanmoins la Cour d’appliquer les décisions rendues par un certain nombre de tribunaux judiciaires américains, qui ont statué que les conventions d’arbitrage préalables au litige, particulièrement lorsqu’elles s’ajoutent à une clause de renonciation au recours collectif, sont nulles par application de la théorie de l’iniquité propre au droit des contrats (voir à titre d’exemple *Ting c. AT&T*, 319 F.3d 1126 (9th Cir. 2003); *Szetela c. Discover Bank*, 118 Cal.Rptr.2d 862 (Ct. App. 2002)). Toutefois, les tribunaux canadiens n’ont pas adopté la doctrine de l’iniquité et notre Cour a accepté l’utilisation des contrats types dans le domaine de la consommation. Les tribunaux judiciaires ont plutôt laissé à la discrétion des législatures le soin de déterminer s’il convient ou non de soumettre une catégorie particulière de différends à l’arbitrage.

[173] Il importe de se rappeler que la législature de la Colombie-Britannique demeure libre de remédier à toute injustice ou difficulté qui paraîtrait résulter de l’insertion de clauses d’arbitrage dans des contrats de consommation. D’ailleurs, l’arrêt *Dell* de notre Cour n’a plus de pertinence dans le contexte du droit de la consommation québécois. La législature du Québec avait en effet modifié la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1, et cette loi avait été adoptée avant que l’affaire *Dell* ne soit débattue devant notre Cour (voir par exemple la *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, L.Q. 2006, ch. 56, art. 2). Ces modifications étaient sur le point d’entrer en vigueur lorsque la Cour a rendu l’arrêt *Dell*.

[174] Ontario and Alberta have also seen fit to amend their consumer protection legislation to prohibit both waivers of class proceedings and arbitration clauses in agreements to which their consumer protection legislation applies (see, e.g., *Consumer Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 30, Sch. A, ss. 7(1), 7(5), 8(1) and 8(4); see also the *Fair Trading Act*, R.S.A. 2000, c. F-2, s. 16, which states an action may not be commenced or maintained where the consumer has agreed in writing to submit the dispute to arbitration, and the arbitration agreement has been approved by the Minister). More importantly, these legislative choices too were made well before the Court heard and decided *Dell* and *Rogers*.

[175] Thus, even before *Dell*, there was evidence of a trend in certain provinces to prohibit arbitration clauses and class action waivers in the consumer context. This is a choice for the legislatures, not for the courts. The British Columbia legislature made a choice both by incorporating the provisions of the New York Convention and the Model Law and by refraining from enacting provisions expressly limiting arbitration clauses and waivers of class proceedings in the consumer context. It also made another choice: to confer broad remedial jurisdiction on arbitrators. These choices are ones to which this Court must defer. None of Ms. Seidel's policy concerns suffice to overcome this reality.

#### IV. Disposition

[176] For these reasons, we would dismiss the appeal. The parties should bear their own costs.

*Appeal allowed in part, with costs throughout, LEBEL, DESCHAMPS, ABELLA and CHARRON JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Grant Kovacs Norell, Vancouver.*

[174] L'Ontario et l'Alberta ont aussi jugé bon de modifier leur législation en matière de protection du consommateur et choisi d'interdire la renonciation au recours collectif et l'insertion de clauses d'arbitrage dans les contrats régis par leurs lois sur la protection du consommateur (voir à titre d'exemple la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, ch. 30, ann. A, par. 7(1), 7(5), 8(1) et 8(4); la *Fair Trading Act*, R.S.A. 2000, ch. F-2, art. 16 : une action ne peut être intentée ou poursuivie si le consommateur a accepté par écrit de soumettre le litige à l'arbitrage et le ministre a approuvé la convention d'arbitrage). Plus important encore, ces choix législatifs ont été faits bien avant que les affaires *Dell* et *Rogers* ne soient débattues devant notre Cour et tranchées par celle-ci.

[175] Ainsi, même avant *Dell* se manifestait dans certaines provinces la tendance d'interdire les clauses d'arbitrage et les renonciations aux recours collectifs dans le cas des litiges de consommation. Il appartient aux législateurs et non aux tribunaux judiciaires de faire de tels choix. La législature de la Colombie-Britannique a fait son choix en incorporant la Convention de New York et la Loi type dans sa législation interne et en omettant d'adopter des dispositions limitant expressément les clauses d'arbitrage et les renonciations aux recours collectifs en matière de consommation. Elle a fait un autre choix, celui d'investir les arbitres de vastes pouvoirs de réparation. Notre Cour doit respecter ces choix. Aucune des considérations de principe invoquées par M<sup>me</sup> Seidel ne saurait modifier cette situation.

#### IV. Dispositif

[176] Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi. Les parties devraient supporter leurs propres dépens.

*Pourvoi accueilli en partie, avec dépens dans toutes les cours, les juges LEBEL, DESCHAMPS, ABELLA et CHARRON sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante : Grant Kovacs Norell, Vancouver.*

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

*Solicitors for the intervener Barreau du Québec: B C F, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Arbitration Congress: Heenan Blaikie, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener ADR Chambers Inc.: Perley-Robertson, Hill & McDougall, Ottawa.*

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

*Procureurs de l'intervenant le Barreau du Québec : B C F, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès d'arbitrage canadien : Heenan Blaikie, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante ADR Chambers Inc. : Perley-Robertson, Hill & McDougall, Ottawa.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Ex-Private St-Onge, D.** *Respondent*INDEXED AS: **R. v. ST-ONGE**

2011 SCC 16

File No.: 33864.

2011: March 24; 2011: April 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT MARTIAL APPEAL COURT OF CANADA

*Armed forces — Military offences — Criminal law — Sentencing — Military judge imposing sentence of imprisonment for 30 days — Court of Appeal substituting fine for sentence of imprisonment — Whether majority in Court of Appeal erred in substituting its own balancing of factors relevant to sentencing for that of military judge — Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to hear appeal — National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 245(2)(a).*

*Held:* The appeal should be allowed and the sentence imposed by the trial judge restored.

**Cases Cited**

**Referred to:** *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368.

**Statutes and Regulations Cited**

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 691 to 693.  
*National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 245(2)(a).  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40.

APPEAL from a judgment of the Court Martial Appeal Court of Canada (Pelletier, Trudel and Cournoyer J.J.A.), 2010 CMAC 7, [2010] C.M.A.J. No. 7 (QL), 2010 CarswellNat 4985, varying the sentence imposed by D'Auteuil M.J., 2008 CM 3012, 2008 CarswellNat 3475. Appeal allowed.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Ex-Soldat St-Onge, D.** *Intimé*RÉPERTORIÉ : **R. c. ST-ONGE**

2011 CSC 16

N° du greffe : 33864.

2011 : 24 mars; 2011 : 1<sup>er</sup> avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COUR MARTIALE DU CANADA

*Forces armées — Infractions militaires — Droit criminel — Détermination de la peine — Infliction par le juge militaire d'une peine d'emprisonnement de 30 jours — Substitution par la Cour d'appel d'une amende à la peine d'emprisonnement — La majorité de la Cour d'appel a-t-elle fait erreur en substituant sa pondération des facteurs pertinents à la détermination de la peine à celle du juge militaire? — La Cour suprême du Canada a-t-elle compétence pour entendre le pourvoi? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 245(2)(a).*

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et la décision sur peine du premier juge est rétablie.

**Jurisprudence**

**Arrêt mentionné :** *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368.

**Lois et règlements cités**

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 691 à 693.  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40.  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 245(2)(a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la cour martiale du Canada (les juges Pelletier, Trudel et Cournoyer), 2010 CACM 7, [2010] A.C.A.C. n° 7 (QL), 2010 CarswellNat 4985, qui a modifié la peine infligée par le juge militaire D'Auteuil, 2008 CM 3012, 2008 CarswellNat 2847. Pourvoi accueilli.

*Cdr Martin Pelletier and LCol Mario Léveillé*,  
for the appellant.

*François Baril and Guy Régimbald*, for the  
respondent.

English version of the judgment of the Court  
delivered by

[1] FISH J. — The appellant appeals against a decision by the majority in the Court Martial Appeal Court of Canada (2010 CMAC 7, [2010] C.M.A.J. No. 7 (QL)) allowing the respondent's appeal from the sentence imposed on him by the trial judge (2008 CM 3012 (CanLII)).

[2] The appeal is brought as of right under s. 245(2)(a) of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, which provides that the Minister, or counsel instructed by the Minister for that purpose, may “appeal to the Supreme Court of Canada . . . on any question of law on which a judge of the Court Martial Appeal Court dissents”. Under this provision, unlike under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (ss. 691 to 693), a sentence may be appealed to the Supreme Court as of right. In matters governed by the *Criminal Code*, an appeal against sentence lies to the Court only under s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, and only with leave of the Court (*R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, at pp. 402-5).

[3] In this case, Cournoyer J.A., who dissented in the Court of Appeal, would have dismissed the respondent's appeal on the basis that, if the appropriate standard were applied, it was not open to the Court of Appeal to interfere with the trial judge's decision.

[4] After reviewing the record and hearing counsel's submissions, we are satisfied that the dissent was on a question of law within the meaning of s. 245(2)(a) of the *National Defence Act*. Moreover, with all due respect for the majority of the Court of Appeal, we would allow the appeal for the reasons

*Capf Martin Pelletier et Lcol Mario Léveillé*,  
pour l'appelante.

*François Baril et Guy Régimbald*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

[1] LE JUGE FISH — L'appelante interjette appel d'une décision de la Cour d'appel de la cour martiale du Canada (2010 CACM 7, [2010] A.C.A.C. n° 7 (QL)) qui, à la majorité, a accueilli l'appel de l'intimé à l'encontre de la peine qui lui a été infligée par le premier juge (2008 CM 3012 (CanLII)).

[2] L'appel est interjeté de plein droit en vertu de l'al. 245(2)a) de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5, qui autorise le ministre ou un avocat à qui il a donné des instructions à cette fin à « interjeter appel à la Cour suprême du Canada [. . .] sur toute question de droit [à l'égard de laquelle] un juge de la Cour d'appel de la cour martiale exprime son désaccord ». À la différence du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (art. 691 à 693), cette disposition autorise un appel de plein droit à la Cour suprême à l'encontre d'une décision relative à la peine. En ce qui concerne les matières régies par le *Code criminel*, l'appel d'une telle décision ne peut être interjeté devant la Cour qu'en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, et ce, avec la permission de la Cour (*R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, p. 402-405).

[3] En l'espèce, le juge Cournoyer, dissident en Cour d'appel, aurait rejeté le pourvoi de l'intimé au motif qu'il n'était pas loisible à la Cour d'appel, en appliquant la norme pertinente, d'intervenir à l'égard de la décision du premier juge.

[4] Après étude et audition, nous sommes convaincus que la dissidence en cause porte sur une question de droit aux termes de l'al. 245(2)a) de la *Loi sur la défense nationale*. Avec égards pour les juges majoritaires de la Cour d'appel, nous sommes également d'avis d'accueillir le pourvoi

given by Cournoyer J.A. and would restore the sentence imposed by the trial judge.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Canadian Military Prosecution Service, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

pour les motifs exprimés en Cour d'appel par le juge Cournoyer, et de rétablir la décision du premier juge relativement à la peine.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante : Service canadien des poursuites militaires, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.*

**J.A.A. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

**INDEXED AS: R. v. J.A.A.**

**2011 SCC 17**

File No.: 33782.

2011: February 22; 2011: April 8.

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

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

*Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Charge of sexual assault — Wound on accused's finger — Complainant alleging to have bitten accused during assault — Police officer at trial giving lay evidence as to wound being a bite wound — No expert testimony as to nature of wound led at trial — Accused, on appeal, wishing to introduce evidence of forensic dentist — Whether fresh evidence should be admitted.*

The accused was convicted of sexual assault and sexual assault with a weapon, both offences arising from an alleged confrontation with his wife. The accused denied sexually assaulting the complainant and testified that the sexual relations were consensual. The complainant, however, testified that the accused had sexually assaulted her repeatedly and that she had bitten one of his fingers very hard during the assault. The attending police officer testified, without objection on the part of the defence, that he saw a cut that looked like a tooth mark on one of the accused's fingers.

The trial judge was satisfied beyond a reasonable doubt of the accused's guilt. On appeal, the accused argued that the trial judge erred by placing too much emphasis on the complainant's post-offence demeanour, in his approach to assessing credibility and in relying on the injury to his finger as corroborative evidence. He moved to introduce as fresh evidence the report of a forensic dentist, who had concluded that the mark on his finger was *not* the result of a bite mark, arguing that this fresh evidence strongly undermined the trial judge's reasons and verdict. A majority of the Court of

**J.A.A. Appellant**

c.

**Sa Majesté la Reine Intimée**

**RÉPERTORIÉ : R. c. J.A.A.**

**2011 CSC 17**

N<sup>o</sup> du greffe : 33782.

2011 : 22 février; 2011 : 8 avril.

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

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

*Droit criminel — Preuve — Nouvel élément de preuve — Accusation d'agression sexuelle — Blessure au doigt de l'accusé — Prétention de la plaignante qu'elle avait mordu l'accusé au cours de l'agression — Témoignage d'un profane, un agent de police, au procès, que la blessure résultait d'une morsure — Aucun témoignage d'expert au procès sur la nature de la blessure — Intention de l'accusé de produire en appel la preuve émanant d'un expert en odontologie médico-légale — Le nouvel élément de preuve doit-il être admis?*

L'accusé a été reconnu coupable d'agression sexuelle et d'agression sexuelle armée, deux infractions qui auraient été commises lors d'une dispute avec son épouse. L'accusé a nié avoir agressé sexuellement la plaignante et a affirmé que les rapports sexuels étaient consensuels. La plaignante a cependant témoigné que l'accusé l'avait agressée sexuellement à plusieurs reprises et qu'elle l'avait mordu très fort à un doigt au cours de l'agression. Un agent de police a témoigné, sans objection de la défense, avoir vu une coupure ressemblant à une morsure sur un des doigts de l'accusé.

Le juge du procès était convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé. En appel, l'accusé a soutenu que le juge du procès avait accordé trop d'importance à l'attitude de la plaignante après l'infraction et qu'il avait commis une erreur dans son appréciation de la crédibilité et en se fondant sur sa blessure au doigt en tant qu'élément de preuve corroborant. L'accusé a demandé par requête l'autorisation de présenter un nouvel élément de preuve, en l'occurrence le rapport d'un expert en odontologie médico-légale selon lequel la marque au doigt de l'accusé *ne* résultait pas



Appeal dismissed the application as well as the other grounds of the appeal. The main issue is whether or not the application to introduce fresh evidence should be allowed.

*Held* (Deschamps and Rothstein JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The fresh evidence should be admitted, the convictions set aside and a new trial ordered.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Charron and Cromwell JJ.: The criteria for admitting fresh evidence, established in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, include the requirements that the evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial and that the fresh evidence must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. Although the accused essentially conceded that he failed to meet the due diligence criterion, as this evidence obviously could have been adduced at trial, this factor should not trump the other *Palmer* criteria, particularly in circumstances such as here where trial counsel's strategy was not unreasonable given the nature of the anticipated Crown evidence. Neither the Crown nor the defence had contemplated calling expert evidence about the mark on the accused's finger.

The proposed expert evidence could reasonably be expected to have affected the result. The trial judge viewed this case as a close one and, while he found the complainant to be credible, he also commented favourably on the accused's testimony. In ultimately rejecting the accused's testimony, he twice mentioned the injury to the accused finger, clearly regarding it as corroborative. The fresh evidence reveals that reliance on this evidence is misplaced and, if accepted, would not only vitiate one of the bases for the trial judge's reliance on the complainant's testimony and his rejection of the appellant's version of events but also would arguably undermine the complainant's credibility. While the officer was qualified to describe the injury he saw, his evidence arguably exceeded the proper boundaries of lay opinion evidence. In light of the expert's direct refutation of the officer's opinion, the prejudicial effect of its erroneous admission is brought into sharp focus. When considered in the context of the other evidence at trial and the trial judge's reasons as a whole, the fresh

d'une morsure, faisant valoir que ce nouvel élément de preuve affaiblissait considérablement les motifs et le verdict du juge du procès. La Cour d'appel, à la majorité, a rejeté la requête et les autres moyens d'appel. La question clé est de savoir si la présentation du nouvel élément de preuve devrait être autorisée.

*Arrêt* (les juges Deschamps et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. Le nouvel élément de preuve doit être admis, les déclarations de culpabilité sont annulées et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish, Charron et Cromwell : Les critères d'admissibilité d'un nouvel élément de preuve, établis dans *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, sont notamment les suivants : on ne devrait généralement pas admettre une preuve nouvelle qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès et la preuve nouvelle doit être telle que, si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat. Bien que l'accusé ait concédé pour l'essentiel qu'il ne répondait pas au critère de la diligence raisonnable, étant donné que l'élément de preuve en cause aurait manifestement pu être produit au procès, ce facteur ne doit pas primer les autres critères établis dans *Palmer*, surtout dans des circonstances, comme celles-ci, où la stratégie de l'avocat au procès n'était pas déraisonnable compte tenu de la nature de la preuve qu'était censé produire le ministère public. Ni le ministère public, ni la défense n'avaient envisagé de faire témoigner un expert au sujet de la marque sur le doigt de l'accusé.

On peut raisonnablement penser que le témoignage d'expert proposé aurait influé sur le résultat. Le juge du procès a estimé que l'affaire n'était pas facile à résoudre et, bien qu'il ait trouvé la plaignante crédible, il a aussi fait des commentaires favorables sur le témoignage de l'appelant. Lorsqu'il a rejeté le témoignage de l'accusé, en dernière analyse, le juge du procès a mentionné à deux reprises sa blessure au doigt, qu'il considérait manifestement comme un élément de preuve corroborant. La preuve nouvelle révèle que c'était une erreur que de s'appuyer sur cet élément de preuve et, si elle est retenue, non seulement elle ébranlera l'un des fondements de la décision du juge du procès de retenir le témoignage de la plaignante et de rejeter la version des faits de l'appelant, mais elle pourrait être invoquée pour attaquer la crédibilité de la plaignante. L'agent était qualifié pour décrire la blessure qu'il avait observée, mais on pourrait sans doute lui reprocher d'avoir outrepassé les limites du témoignage d'opinion que peut offrir un profane. Comme l'expert réfute directement l'opinion

evidence was sufficiently cogent that it could reasonably be expected to have affected the verdict. It was not necessary to address the other grounds of appeal.

*Per Deschamps and Rothstein JJ. (dissenting):* Although the due diligence criterion should not trump the other *Palmer* criteria, neither should it be ignored. Lack of due diligence at trial is a consideration weighing against reception of the new evidence on appeal.

The expert evidence, even if believed, could not reasonably be expected to affect the result which was the conviction of the accused for sexual assault and sexual assault with a weapon. The biting issue was minor at trial and defence counsel did not consider it sufficiently important to object to the admission of the officer's evidence as to the mark or to have considered calling expert evidence at the time. Several other factors also supported the complainant's version of events and the rejection of that of the accused: (i) the evidence of her post event demeanour; (ii) the evidence of the condition of the home and the items located in it; (iii) the evidence relating to the existence of the dull knife; (iv) the manner in which the accused described his interaction and control over the complainant during the sexual activity; and (v) the general internal and external logic and consistency of the complainant's version as opposed to the accused's version of events. An examination of the trial judge's reasons, and the factors that he considered in coming to the conclusion that the accused's evidence was "not capable of belief" all demonstrate the minor nature of the biting evidence.

Evidence of post-event demeanour of a sexual assault complainant can be used as circumstantial evidence to support a complainant's version of events and it was entirely appropriate for the judge to have regard to the demeanour evidence as part of all the evidence considered by him. On the basis of uncontested evidence and the internal and external logic and consistency and detail of the complaint's description of events as opposed to the evidence of the accused, the post-event demeanour evidence was not the sole basis for the credibility determination.

de l'agent, l'effet préjudiciable qu'a eu l'admission injustifiée de cette opinion ressort nettement. Compte tenu des éléments de preuve produits au procès et des motifs du juge du procès dans leur ensemble, le nouvel élément de preuve était suffisamment convaincant pour qu'on puisse raisonnablement penser qu'il aurait influé sur le verdict. Il n'était pas nécessaire de traiter des autres moyens d'appel.

*Les juges Deschamps et Rothstein (dissidents) :* Le critère de la diligence raisonnable ne doit pas primer les autres critères établis dans *Palmer*, mais il ne faut pas non plus l'ignorer. L'absence de diligence raisonnable au procès est un facteur qui joue contre la production du nouvel élément de preuve en appel.

Même si l'on ajoute foi au témoignage de l'expert, on ne peut raisonnablement penser qu'il aurait influé sur le résultat, en l'occurrence la déclaration de culpabilité de l'accusé pour agression sexuelle et agression sexuelle armée. Peu d'importance a été accordée à la question de la morsure au procès, et l'avocat de la défense n'a pas jugé que cela valait la peine de s'opposer à l'admission du témoignage de l'agent qui a parlé de la marque, ou de songer à appeler un expert à témoigner à ce moment-là. Plusieurs autres facteurs étayaient aussi la version des faits de la plaignante et justifiaient le rejet de celle de l'accusé : (i) la preuve relative à l'attitude de la plaignante après les faits; (ii) la preuve de l'état de la résidence et des objets qui s'y trouvaient; (iii) la preuve concernant l'existence du couteau émoussé; (iv) la description par l'accusé de son comportement envers la plaignante et du contrôle qu'il a exercé sur elle au cours de l'activité sexuelle; et (v) de façon générale, la logique interne et externe et la cohérence de la version de la plaignante comparativement à celle de l'accusé. L'examen des motifs du juge du procès et des facteurs qu'il a pris en considération pour conclure que « l'on ne peut pas ajouter foi » au témoignage de l'accusé démontre que la preuve de la morsure n'avait pas beaucoup d'importance.

Dans un cas d'agression sexuelle, la preuve relative à l'attitude d'une plaignante après les faits peut être utilisée en tant que preuve circonstancielle pour étayer la version des faits de la plaignante et il n'y avait rien d'incorrect à ce que le juge tienne compte de la preuve relative à l'attitude, parmi tous les éléments de preuve qu'il a analysés. Compte tenu de la preuve non contestée ainsi que de la logique interne et externe et de la cohérence et la précision de la description des faits par la plaignante, par rapport au témoignage de l'accusé, la conclusion du juge du procès sur la crédibilité ne reposait pas uniquement sur la preuve relative à l'attitude après les faits.

Finally, the trial judge properly applied the steps in the analysis conducted pursuant to *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742. He kept his eye firmly on the proper standard and burden of proof, expressly instructed himself of the *W. (D.)* factors set out in, and then tracked the steps of that analysis in his reasons. His reasons carefully reviewed and evaluated the testimony of the various witnesses in support of his conclusion on credibility.

### Cases Cited

By Charron J.

**Applied:** *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759.

By Rothstein J. (dissenting)

*R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *Murphy v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 603.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 683(1)(d).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Winkler C.J.O. and Goudge and MacPherson J.J.A.), 2010 ONCA 491, 261 C.C.C. (3d) 125, 265 O.A.C. 304, 78 C.R. (6th) 40, [2010] O.J. No. 2902 (QL), 2010 CarswellOnt 4840, upholding the accused's convictions. Appeal allowed, Deschamps and Rothstein J.J. dissenting.

*Marie Henein and Matthew Gourlay*, for the appellant.

*Kimberley Crosbie*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Charron and Cromwell J.J. was delivered by

[1] CHARRON J. — This is an appeal as of right. The appellant, J.A.A., was convicted of sexual assault and sexual assault with a weapon (a knife), both offences arising from an alleged confrontation with his wife, S.A., on June 8, 2007. The couple had agreed to separate as of May 1, 2007, but continued to live together in the family home at the time of the incident. It is admitted that they had

Enfin, le juge du procès a bien appliqué les étapes de l'analyse décrite dans *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742. Il a toujours gardé à l'esprit la norme et le fardeau de preuve appropriés, s'est expressément guidé sur les facteurs énoncés dans *W. (D.)*, puis a suivi les étapes de cette analyse dans ses motifs. Dans ses motifs, il a examiné attentivement et apprécié les dépositions des différents témoins pour étayer sa conclusion sur la crédibilité.

### Jurisprudence

Citée par le juge Charron

**Arrêt appliqué :** *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759.

Citée par le juge Rothstein (dissident)

*R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *Murphy c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 603.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 683(1)(d).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Winkler, Goudge et MacPherson), 2010 ONCA 491, 261 C.C.C. (3d) 125, 265 O.A.C. 304, 78 C.R. (6th) 40, [2010] O.J. No. 2902 (QL), 2010 CarswellOnt 4840, qui a confirmé les déclarations de culpabilité de l'accusé. Pourvoi accueilli, les juges Deschamps et Rothstein sont dissidents.

*Marie Henein et Matthew Gourlay*, pour l'appellant.

*Kimberley Crosbie*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish, Charron et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE CHARRON — Il s'agit d'un appel de plein droit. L'appellant, J.A.A., a été reconnu coupable d'agression sexuelle et d'agression sexuelle armée (un couteau), deux infractions qui auraient été commises lors d'une dispute avec son épouse, S.A., le 8 juin 2007. Les conjoints ont convenu de se séparer le 1<sup>er</sup> mai 2007, mais ils habitaient encore ensemble dans la résidence familiale lors de

sexual relations over the course of one and a half to two hours on the morning in question. However, the parties present drastically different versions of the circumstances surrounding these events.

[2] S.A. testified that J.A.A. sexually assaulted her repeatedly, at one point showing her a knife and threatening to kill himself and her as well. She also testified that she bit one of his fingers during the assault “very hard”, “as hard as I could”. When the events ended, S.A. drove immediately to a friend’s home and the police were called. The neighbour and one of the police officers testified that the complainant was crying, distraught and appeared terrified. A police officer who interviewed J.A.A. that afternoon testified that he saw a cut that looked like a bite mark on one of J.A.A.’s fingers. The officer then explained in more detail why he thought it was a tooth mark. Defence counsel did not object to the officer’s opinion evidence but cross-examined him on his lack of expertise in this area and on the failure to retain an expert on dental marks. J.A.A. denied sexually assaulting the complainant. He provided considerable detail about the events in question but testified that the sexual relations were consensual. He also denied that S.A. bit him at any time.

[3] The trial judge found the complainant credible (2008 CarswellOnt 9505 (Ct. J.)). He also found no reason to reject J.A.A.’s testimony, when taken in isolation. However, the trial judge was ultimately satisfied beyond a reasonable doubt of J.A.A.’s guilt based on the complainant’s evidence, her post-event demeanour, the injury to J.A.A.’s finger, photographs taken of the home when investigated by the police which were consistent with her testimony as to where various items of clothing were left, the existence of the knife and the general internal and external logic and consistency of her description of the events.

l’incident. Il est admis que, le matin en question, ils ont eu des rapports sexuels d’une durée d’une heure et demie à deux heures. Les parties présentent toutefois des versions considérablement différentes des circonstances entourant ces faits.

[2] S.A. a témoigné que J.A.A. l’avait agressée sexuellement à plusieurs reprises et, à un moment donné, lui avait montré un couteau et avait menacé de se suicider et de la tuer. Toujours selon son témoignage, elle avait mordu l’accusé [TRADUCTION] « très fort », « de toutes [s]es forces », à un doigt au cours de l’agression. Après les faits, S.A. s’est rendue sur-le-champ en voiture chez une amie, et la police a été appelée. La voisine et une agente de police ont témoigné que la plaignante pleurait, était complètement bouleversée et semblait terrifiée. Un agent de police qui avait interrogé J.A.A. en après-midi ce jour-là a affirmé avoir vu une coupure ressemblant à une morsure sur un des doigts de J.A.A. L’agent a ensuite expliqué plus en détail pourquoi il croyait qu’il s’agissait d’une morsure. L’avocat de la défense ne s’est pas opposé au témoignage d’opinion de l’agent, mais il l’a contre-interrogé sur son manque de connaissance spécialisée en la matière et sur l’omission de faire appel à un expert en morsures. J.A.A. a nié avoir agressé sexuellement la plaignante. Il a décrit les faits de manière très détaillée, mais il a affirmé que les rapports sexuels étaient consensuels. Il a aussi nié que S.A. l’avait mordu à quelque moment que ce soit.

[3] Le juge du procès a trouvé la plaignante crédible (2008 CarswellOnt 9505 (C.J.)). Il a aussi conclu qu’il n’existait aucune raison de rejeter le témoignage de J.A.A., pris isolément. En dernière analyse, il était cependant convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de J.A.A., en raison du témoignage de la plaignante, de son attitude après les faits, de la blessure au doigt de J.A.A., des photographies de la résidence prises au cours de l’enquête policière — concordant avec le témoignage de la plaignante quant à l’endroit où différents vêtements avaient été dispersés —, de l’existence du couteau et, en général, de la logique interne et externe et de la cohérence de la version des faits de la plaignante.

[4] J.A.A. appealed his convictions to the Court of Appeal for Ontario on the grounds that the trial judge improperly rejected his evidence without any basis or foundation and erred in law in his approach to assessing credibility. J.A.A. contended that the trial judge placed too much emphasis on the post-event demeanour of the complainant as a factor in conviction. In particular, he argued that evidence of her emotional reaction when she saw him two days after the events as he was escorted by police to the house to gather his personal belongings was of no probative value and should not have been admitted. J.A.A. also argued that the trial judge erred in relying on the injury to his finger as corroborative evidence, as the officer's lay opinion evidence that it was a bite mark was inadmissible. On this latter point, J.A.A. moved to introduce as fresh evidence the report of Dr. Wood, a forensic dentist, who concluded that the mark on his finger was *not* the result of a bite mark. In addition, Dr. Wood concluded that, based on the complainant's testimony, he would have expected to find evidence of a bite mark. J.A.A. argued that this fresh evidence strongly undermined the trial judge's reasons and verdict.

[5] The majority of the Court of Appeal dismissed J.A.A.'s application to introduce fresh evidence, holding that Dr. Wood's evidence, even if believed, could not reasonably be expected to have affected the result (2010 ONCA 491, 261 C.C.C. (3d) 125). The majority added that the due diligence criterion, which the appellant essentially conceded he could not meet, "cannot be ignored or wished away" as it plays an important role in the administration of criminal justice (para. 34). The majority also rejected the other grounds of appeal and upheld the convictions. Winkler C.J.O., dissenting, would have allowed the application to introduce fresh evidence. He would also have ordered a new trial on the basis that the trial judge improperly admitted

[4] J.A.A. a interjeté appel de ses déclarations de culpabilité à la Cour d'appel de l'Ontario. Il soutenait que le juge du procès avait rejeté son témoignage irrégulièrement, sans justification, et qu'il avait commis une erreur de droit dans son appréciation de la crédibilité. J.A.A. faisait valoir que le juge du procès avait accordé trop d'importance à l'attitude de la plaignante après les faits comme facteur justifiant une déclaration de culpabilité. Plus particulièrement, selon lui, la preuve de la réaction émotive de la plaignante, au moment où elle l'avait aperçu, deux jours après l'événement, lorsqu'il était retourné à la maison en compagnie des policiers pour récupérer ses effets personnels, n'avait aucune valeur probante et n'aurait pas dû être admise. J.A.A. soutenait également que le juge du procès avait commis une erreur en se fondant sur sa blessure au doigt en tant qu'élément de preuve corroborant, car le témoignage d'opinion qu'il s'agissait d'une morsure était inadmissible de la part de l'agent, qui n'était pas un expert en la matière. Sur ce dernier point, J.A.A. a demandé par requête l'autorisation de présenter un nouvel élément de preuve, en l'occurrence le rapport du D<sup>r</sup> Wood, un expert en odontologie médico-légale, selon lequel la marque sur le doigt de J.A.A. *ne* résultait *pas* d'une morsure. Le D<sup>r</sup> Wood a aussi dit qu'il se serait attendu à découvrir la preuve d'une morsure compte tenu du témoignage de la plaignante. J.A.A. a fait valoir que ce nouvel élément de preuve affaiblissait considérablement les motifs et le verdict du juge du procès.

[5] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté la requête de J.A.A., estimant que, même en ajoutant foi à la preuve du D<sup>r</sup> Wood, on ne peut raisonnablement penser qu'elle aurait influé sur l'issue du procès (2010 ONCA 491, 261 C.C.C. (3d) 125). Toujours selon les juges majoritaires, on [TRADUCTION] « ne saurait faire abstraction » du critère de la diligence raisonnable — auquel l'appellant a essentiellement admis ne pas pouvoir répondre —, car il joue un rôle important dans l'administration de la justice criminelle (par. 34). Les juges majoritaires ont aussi rejeté les autres moyens d'appel et confirmé les déclarations de culpabilité. Le juge en chef Winkler, dissident, aurait autorisé la présentation du nouvel élément de preuve. Il aurait

lay opinion evidence on the bite mark and demeanor evidence of the complainant, and misdirected himself as to the manner in which he applied the criminal onus of proof.

[6] I would allow the application to introduce fresh evidence.

[7] The criteria for admissibility of fresh evidence, established in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, are well known: (1) the evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial; (2) the evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial; (3) the evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief; and (4) it must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

[8] The appellant essentially concedes that he cannot meet the due diligence criterion, as this evidence obviously could have been adduced at trial. He submits, however, that this factor should not be determinative. Trial counsel explained in an affidavit that he did not consider retaining any kind of expert to examine the photos of the mark on his client's finger, as it seemed to him that "the mark was a minor generic scratch" which in fact appeared inconsistent with the complainant's testimony. Further, the Crown did not contemplate calling expert evidence about the mark. I agree that the due diligence criterion should not trump the other *Palmer* criteria, particularly in circumstances such as here where trial counsel's strategy was not unreasonable given the nature of the anticipated Crown evidence.

[9] The Crown concedes that criteria (2) and (3) are met: Dr. Wood's report is relevant and

également ordonné un nouveau procès parce que, selon lui, le juge du procès avait admis à tort le témoignage d'opinion d'un profane sur la morsure et la preuve de l'attitude de la plaignante, et parce qu'il avait commis une erreur dans l'application du fardeau de la preuve en matière criminelle.

[6] Je suis d'avis d'accueillir la requête visant la présentation d'un nouvel élément de preuve.

[7] Les critères d'admissibilité d'un nouvel élément de preuve, établis dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, sont bien connus : (1) on ne devrait généralement pas admettre une preuve qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès; (2) la preuve doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès; (3) la preuve doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi; et (4) elle doit être telle que, si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.

[8] L'appelant concède pour l'essentiel qu'il lui est impossible de répondre au critère de la diligence raisonnable, étant donné que l'élément de preuve en cause aurait pu être produit au procès. Il soutient cependant que ce facteur ne devrait pas être déterminant. Dans un affidavit, l'avocat de l'appelant au procès explique qu'il n'a pas songé à avoir recours à un expert quelconque pour analyser les photographies de la marque sur le doigt de son client, car il avait l'impression que [TRADUCTION] « cette marque découlait d'une petite égratignure ordinaire » qui, en fait, ne semblait pas concorder avec le témoignage de la plaignante. De plus, le ministère public n'a pas envisagé de faire témoigner un expert au sujet de cette marque. Je conviens que le critère de la diligence raisonnable ne doit pas primer les autres critères établis dans *Palmer*, surtout dans des circonstances, comme celles-ci, où la stratégie de l'avocat au procès n'était pas déraisonnable compte tenu de la nature de la preuve qu'était censé produire le ministère public.

[9] Le ministère public concède que les deuxième et troisième critères sont respectés : le rapport du

reasonably capable of belief. Dr. Wood's credentials are impressive; indeed, after cross-examining him and consulting another expert, the Crown presented no evidence in response to the fresh evidence. The application therefore turns on the final criterion.

[10] I respectfully disagree with the majority below that Dr. Wood's evidence could not reasonably be expected to have affected the result. As I read the trial judge's reasons, he viewed this case as a close one. While he found the complainant credible, he also commented favourably on the appellant's testimony. After instructing himself on the appropriate standard of proof, the trial judge explained how he resolved the credibility issue, stating as follows:

I found the evidence of the complainant compelling, straightforward, credible, and supported by her demeanour after she left the house, in her contact with her neighbour, and shortly after when her husband attended to retrieve his clothing; and as well at the hospital and the Mountain Station when giving her initial statements. Her evidence was also supported by the injury to the accused's finger, and the general condition of the home when investigated by the police; including the location of various items of clothing, and the existence of the dull knife.

The accused's evidence was articulate, responsive to the questions asked, and generally unshaken in cross-examination. Taken in isolation, there was little in the substance of his evidence, or in the manner in which it was given, that suggested it was untrue.

. . .

Stacked beside [S.A.'s] evidence, the evidence of the complainant's demeanour after the attack, the evidence of injury to the accused's finger, their evidence with regard to the accused's possession of the knife, and their shared knowledge that the knife was dull, the manner in which the accused described his interaction with the complainant during the event, and the manner in which he described his control of her, all of which I find supportive of the complainant's evidence, and the

D<sup>r</sup> Wood est pertinent et l'on peut raisonnablement y ajouter foi. Les titres de compétence du D<sup>r</sup> Wood sont impressionnants; en fait, après l'avoir contre-interrogé et avoir consulté un autre expert, le ministère public n'a présenté aucune contre-preuve en réponse au nouvel élément de preuve. Par conséquent, l'issue de la requête dépend du dernier critère.

[10] En toute déférence, je ne partage pas l'avis des juges majoritaires de la Cour d'appel que la preuve du D<sup>r</sup> Wood n'aurait pas pu raisonnablement influencer sur l'issue du procès. À ce que je comprends des motifs du juge du procès, l'affaire ne lui semblait pas facile à résoudre. Il a trouvé la plaignante crédible, mais il a aussi fait des commentaires favorables sur le témoignage de l'appelant. Après avoir exposé la norme de preuve qu'il devait appliquer, le juge du procès a expliqué en ces termes comment il avait résolu la question de la crédibilité :

[TRADUCTION] À mon avis, le témoignage de la plaignante est convaincant, sincère et crédible, et il est étayé par la manière dont elle s'est comportée après son départ de la maison, lorsqu'elle est allée chez sa voisine et, peu de temps après, quand son mari est venu récupérer ses vêtements, de même qu'à l'hôpital et au poste de police de Mountain, où elle a fait ses premières déclarations. Son témoignage est aussi étayé par la blessure au doigt de l'accusé et par l'état général de la résidence au moment de l'enquête policière, notamment l'endroit où se trouvaient différents vêtements, et par l'existence du couteau émoussé.

Lorsqu'il a témoigné, l'accusé s'est exprimé clairement, a bien répondu aux questions et, pour l'essentiel, n'a pas été ébranlé en contre-interrogatoire. Pris isolément, le contenu de son témoignage et la manière dont il l'a livré ne donnent guère matière à douter de sa véracité.

. . .

Lorsqu'on le compare avec le témoignage [de S.A.], la preuve relative à l'attitude de la plaignante après l'agression, la preuve d'une blessure au doigt de l'accusé, leurs témoignages sur le couteau que l'accusé avait en sa possession et le fait qu'ils sachent tous les deux que le couteau était émoussé, ainsi que la manière dont l'accusé a décrit son comportement envers la plaignante durant l'incident et son contrôle sur elle — éléments qui corroborent tous, selon moi, le témoignage de la plaignante — et,

general internal and external logic and consistency of the complainant's description of the events, as opposed to the accused's evidence as outlined in the Crown's submissions, I find the accused's evidence is not capable of belief.

Considering all of the evidence, I am satisfied beyond a reasonable doubt that the accused is guilty of the offence of sexual assault and sexual assault with a weapon. [Emphasis added; paras. 86-90.]

[11] Crown counsel at trial urged the trial judge to accept the officer's testimony that the injury to J.A.A.'s finger was a bite mark and argued that this evidence corroborated S.A.'s version of events. The Crown now seeks to downplay the importance of the bite mark evidence. However, in ultimately rejecting J.A.A.'s testimony, the trial judge twice mentioned the injury to J.A.A.'s finger, clearly regarding it as corroborative. The fresh evidence now reveals that reliance on this evidence is misplaced. Dr. Wood's evidence, if accepted, not only vitiates one of the bases for the trial judge's reliance on the complainant's testimony and his rejection of the appellant's version of events, but it also arguably undermines the credibility of S.A.'s testimony that she bit down on J.A.A.'s finger "as hard as [she] could". While the officer was qualified to describe the injury he saw, his evidence arguably exceeded the proper boundaries of lay opinion evidence. As the appellant fairly concedes in his factum, "If the opinion stood unchallenged, the error may have been of little consequence." However, in light of Dr. Wood's direct refutation of the officer's opinion, "the prejudicial effect of its erroneous admission is brought into sharp focus" (A.F., at para. 43). It is not necessary to decide on this application to what extent the officer's testimony may have been inadmissible. For our purposes, it suffices to say that it appears to have been clearly wrong. Thus, the trial judge's reliance on this item of evidence is of much concern.

de façon générale, la logique interne et externe et la cohérence de la version des faits de la plaignante, par rapport au témoignage de l'accusé comme l'a souligné le ministre public dans ses observations, j'estime que l'on ne peut pas ajouter foi au témoignage de l'accusé.

Compte tenu de l'ensemble de la preuve, je suis convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé est coupable d'agression sexuelle et d'agression sexuelle armée. [Je souligne; par. 86-90.]

[11] L'avocate du ministère public en première instance a exhorté le juge du procès à accepter le témoignage de l'agent de police selon lequel la blessure au doigt de J.A.A. était une marque de morsure et elle a soutenu que ce témoignage corroborait la version des faits de S.A. Le ministère public cherche maintenant à minimiser l'importance de la preuve relative à la morsure. Toutefois, lorsqu'il a rejeté le témoignage de J.A.A., en dernière analyse, le juge du procès a mentionné à deux reprises sa blessure au doigt, qu'il considérait manifestement comme un élément de preuve corroborant. Or, la preuve nouvelle révèle maintenant que c'était une erreur que de s'appuyer sur cet élément de preuve. Si elle est retenue, non seulement la preuve émanant du D<sup>r</sup> Wood ébranlera l'un des fondements de la décision du juge du procès de retenir le témoignage de la plaignante et de rejeter la version des faits de l'appelant, mais elle pourrait être invoquée pour attaquer la crédibilité du témoignage de S.A. selon lequel elle a mordu le doigt de J.A.A. [TRADUCTION] « de toutes [s]es forces ». L'agent était qualifié pour décrire la blessure qu'il avait observée, mais on pourrait sans doute lui reprocher d'avoir outrepassé les limites du témoignage d'opinion que peut offrir un profane. Comme l'a concédé à juste titre l'appelant dans son mémoire : [TRADUCTION] « Si cette opinion n'avait pas été contestée, cette erreur n'aurait peut-être guère eu de conséquence. » Mais, comme le D<sup>r</sup> Wood réfute directement l'opinion de l'agent, [TRADUCTION] « l'effet préjudiciable qu'a eu l'admission injustifiée de cette opinion ressort nettement » (m.a., par. 43). Dans le cadre de la présente requête, point n'est besoin de décider dans quelle mesure le témoignage de l'agent pouvait être inadmissible. Il suffit de dire que ce témoignage semble manifestement inexact. Le fait que le juge du procès se soit appuyé sur cet élément de preuve est donc très problématique.



[12] It is apparent, and understandable, from the trial judge's reasons that he looked closely at any item of physical evidence that could assist him in determining the credibility issue. For example, I note that in another part of his reasons, he referred to a photograph showing a possible scratch in the accused's pubic area, commenting that the mark was not directly on the penis. As the complainant had testified that she scratched J.A.A.'s penis, the trial judge stated, "It is troubling to me, that the officers who were there when the photograph was taken, saw no indication of an injury" on the penis (para. 80). He therefore resolved that he would treat this item of evidence as essentially neutral.

[13] When considered in the context of the other evidence at trial and the trial judge's reasons as a whole, I agree with Winkler C.J.O. that Dr. Wood's evidence "is sufficiently cogent that it could reasonably be expected to have affected the verdict" (para. 80).

[14] In my respectful view, it would be unsafe to uphold the convictions on the strength of the other factors which the trial judge considered supportive of his conclusion. The majority in the Court of Appeal found two of these factors to be "particularly powerful": "the complainant's physical and emotional state in the minutes and hours after the event" and "the logic of the complainant's testimony", as opposed to the appellant's version of consensual sex (para. 38). I agree with counsel for the appellant that it would be dangerous for this Court to uphold the convictions and thus resolve the credibility issue in this case on the strength of demeanour evidence, or on the basis that one party's version was less plausible than the other's. While one may reasonably view the appellant's version of consensual sex implausible in the circumstances outlined by the majority (para. 38), counsel aptly points out that the same could be said about the complainant's version. It also seems implausible that the appellant, who had never been depressed, violent, or aggressive in the 19 years the parties spent together, suddenly turned into the

[12] Les motifs du juge du procès révèlent qu'il a procédé à un examen attentif, et bien compréhensible, de chaque élément de preuve matérielle susceptible de l'aider à trancher la question de la crédibilité. Par exemple, je constate qu'il mentionne, ailleurs dans ses motifs, une photographie du pubis de l'accusé montrant ce qui ressemble à une égratignure et fait remarquer que cette marque n'est pas directement sur le pénis de l'accusé. Comme la plaignante avait témoigné avoir égratigné le pénis de J.A.A., le juge du procès a dit : [TRADUCTION] « À mon avis, il est troublant que les agents de police présents lorsque la photographie a été prise n'aient vu aucun signe de blessure » sur le pénis (par. 80). Il a donc décidé de considérer cet élément de preuve comme essentiellement neutre.

[13] Je suis d'accord avec le juge en chef Winkler pour dire que, compte tenu des éléments de preuve produits au procès et des motifs du juge du procès dans leur ensemble, la preuve du D<sup>r</sup> Wood [TRADUCTION] « est suffisamment convaincante pour qu'on puisse raisonnablement penser qu'elle aurait influé sur le verdict » (par. 80).

[14] Soit dit en toute déférence, il serait imprudent de confirmer les déclarations de culpabilité sur la base des autres facteurs que le juge du procès a utilisés pour justifier sa conclusion. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont trouvé [TRADUCTION] « particulièrement convainquants » deux de ces facteurs : [TRADUCTION] « l'état physique et émotif de la plaignante dans les minutes et les heures qui ont suivi l'incident » et « la logique de son témoignage » par rapport à celle de la version de l'appelant selon laquelle l'activité sexuelle était consensuelle (par. 38). Je conviens avec l'avocate de l'appelant qu'il serait risqué pour notre Cour en l'espèce de confirmer les déclarations de culpabilité et de résoudre ainsi la question de la crédibilité sur la base de la preuve relative à l'attitude ou en s'appuyant sur le fait que la version d'une partie est plus plausible que celle de l'autre. Certes, l'on pourrait raisonnablement juger invraisemblable la version de l'appelant selon laquelle l'activité sexuelle était consensuelle dans les circonstances exposées par les juges majoritaires (par. 38), mais l'avocate souligne à bon droit que l'on pourrait en dire autant de la version de la plaignante.

suicidal, violent rapist described by the complainant. J.A.A. adamantly denied ever having had suicidal thoughts, stating in response to the complainant's testimony on the subject that he did not "even know what she's talking about" (A.R., vol. II, at p. 107). In this regard, I find the trial judge's observations at the time of sentencing noteworthy. He stated the following:

All of the character letters and the pre-sentence report describe a responsible father with a good work history, no criminal record or prior involvement with the law, and no history whatsoever of violence either towards intimate partners or strangers.

In comparing the offender, who I have found committed these offences, with the person described in the reference letters and the pre-sentence report, I can only come to the conclusion that these offences are entirely out of character for this accused, and on the date in question, he snapped when he committed these most grievous offences. [A.R., vol. I, at pp. 34-35]

[15] As Winkler C.J.O. concluded, the weight the fresh evidence ought to be given will ultimately be "a question for a trier of fact, after cross-examination and in the context of the other evidence that may be adduced" at the new trial (para. 81).

[16] Having found that the fresh evidence should be admitted, I do not find it necessary to deal with the other grounds of appeal. I would allow the appeal, set aside the convictions, and order a new trial.

The reasons of Deschamps and Rothstein JJ. were delivered by

ROTHSTEIN J. (dissenting) —

## I. Introduction

[17] This appeal arises from sexual activity that took place on June 8, 2007, between a married

Il semble aussi invraisemblable que l'appelant, qui n'a jamais été déprimé, violent ou agressif durant les 19 années qu'il a passées avec la plaignante, soit devenu soudainement le violeur suicidaire et violent dont elle parle. J.A.A. a nié catégoriquement avoir, à quelque moment que ce soit, songé à se suicider; en réponse au témoignage de la plaignante à ce sujet, il a dit : [TRADUCTION] « Je ne sais même pas de quoi elle parle » (d.a., vol. II, p. 107). À cet égard, je crois utile de citer les observations suivantes faites par le juge du procès au moment de la détermination de la peine :

[TRADUCTION] Toutes les lettres concernant la moralité et le rapport présentiel décrivent un père responsable, qui a de bons antécédents professionnels, qui n'a pas de casier judiciaire — ni eu auparavant de démêlés avec la justice — et qui n'a aucun antécédent de violence envers ses partenaires ou des étrangers.

Lorsque je compare le délinquant qui, selon moi, a commis ces infractions avec la personne décrite dans les lettres de recommandation et le rapport présentiel, je suis forcé de conclure que ce n'était pas du tout dans les mœurs de l'accusé de commettre ce genre d'infractions et que, ce jour-là, il a disjoncté lorsqu'il a commis ces infractions très graves. [d.a., vol. I, p. 34-35]

[15] Comme l'a conclu le juge en chef Winkler, [TRADUCTION] « c'est à un juge des faits qu'il appartiendra de décider quel poids accorder » à ce nouvel élément de preuve, « après le contre-interrogatoire et eu égard aux autres éléments de preuve qui pourraient être produits » au nouveau procès (par. 81).

[16] Vu ma conclusion que le nouvel élément de preuve doit être admis, j'estime qu'il n'est pas nécessaire de traiter des autres moyens d'appel. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs des juges Deschamps et Rothstein rendus par

LE JUGE ROTHSTEIN (dissident) —

## I. Introduction

[17] Le présent pourvoi découle d'une activité sexuelle à laquelle un couple marié engagé dans un

couple in the process of separating. The issue is whether that activity was consensual.

[18] By way of background, the undisputed evidence was that this couple had not had sexual relations for at least 18 months prior to the incident. The accused was aware that the complainant was not interested in sexual relations with him. For some years prior to the incident, the couple only had sexual relations twice a year. Six months prior to the incident, the accused had taken up a bedroom in the basement of the matrimonial home, and was no longer sleeping in the same room as the complainant. The separation was against the wishes of the accused and had been initiated by the complainant. At trial, the accused testified that he was concerned about the complainant's possible infidelity.

[19] On the morning of the incident, the couple were in the matrimonial home and the complainant was preparing to go to work. Her evidence, accepted by the trial judge, was that the accused grabbed her from behind, forced her to his bedroom in the basement, and then forced her to have sexual intercourse and oral sex. When the accused put his hand over her mouth to stop her from screaming, she testified that she bit his finger as hard as she could. She also says that at one point during the sexual activity, the accused threatened to kill himself with a knife, and also threatened to kill her. Immediately after the sexual activity ended, the complainant dressed and drove to the home of a friend, where she disclosed that she had been raped. She was observed to be in an hysterical and terrified state.

[20] The police were called, and the accused was arrested and charged with sexual assault and sexual assault with a weapon. The accused said that the sexual activity was initiated by the complainant and was entirely consensual. He denied that the complainant had bitten his finger. At trial, a police officer testified that he had observed what he believed to be a bite mark on the index finger of the accused.

processus de séparation s'est livré, le 8 juin 2007. Il s'agit de savoir si cette activité était consensuelle.

[18] Situons d'abord l'affaire dans son contexte. La preuve non contestée montre que le couple n'avait pas eu de rapports sexuels depuis au moins 18 mois au moment de l'incident. L'accusé savait que la plaignante ne désirait pas avoir de rapports sexuels avec lui. Le couple n'avait eu des rapports sexuels que deux fois l'an au cours des dernières années. Six mois auparavant, l'accusé avait emménagé dans une chambre à coucher au sous-sol du domicile conjugal et il ne dormait plus dans la même pièce que la plaignante. C'est la plaignante qui avait enclenché le processus de séparation, contre le gré de l'accusé. Au procès, l'accusé a dit craindre que la plaignante lui ait été infidèle.

[19] Le matin de l'incident, le couple se trouvait dans le domicile conjugal, et la plaignante se préparait à aller travailler. Selon le témoignage de cette dernière, accepté par le juge du procès, l'accusé l'a saisie par derrière, l'a forcée à venir dans la chambre à coucher qu'il occupait au sous-sol, puis l'a obligée à avoir des rapports sexuels avec lui et à lui faire une fellation. La plaignante a témoigné qu'au moment où l'accusé lui a mis la main sur la bouche pour l'empêcher de crier, elle lui a mordu un doigt de toutes ses forces. Elle a ajouté que l'accusé, à un moment donné durant les rapports sexuels, a menacé de se suicider avec un couteau et a aussi menacé de la tuer. Tout de suite après l'activité sexuelle, la plaignante s'est habillée et s'est rendue en voiture chez une amie, à qui elle a dit avoir été violée. Aux dires de ceux qui l'ont alors vue, elle était hystérique et terrifiée.

[20] On a appelé la police, et l'accusé a été arrêté et inculpé d'agression sexuelle et d'agression sexuelle armée. L'accusé a affirmé que c'est la plaignante qui avait amorcé l'activité sexuelle et que celle-ci était parfaitement consensuelle. Il a nié que la plaignante l'avait mordu à un doigt. Au procès, un agent de police a témoigné avoir vu une marque, qui lui semblait être une morsure, sur l'index de l'accusé.

[21] The accused was convicted. Included as one of a number of the trial judge's findings was the fact that the complainant had bitten the accused's finger as he was taking her to the basement (2008 CarswellOnt 9505 (Ct. J.)).

[22] The accused now wishes to introduce fresh evidence of a forensic dental expert, who would testify that the mark on the accused's finger could not have been a bite mark. That evidence would have been available at trial, but was not adduced. The accused concedes that he cannot satisfy the due diligence test, one of the criteria for the admission of fresh evidence. However, he submits that this fresh evidence could reasonably have been expected to have affected the result of the trial had it been introduced at the time.

[23] I have had the opportunity to read the draft reasons of Charron J. She concludes that the application of the accused to introduce fresh evidence ought to be allowed, the fresh evidence admitted and a new trial ordered. I am of the respectful opinion that the expert evidence, even if believed, could not reasonably be expected to affect the result which was the conviction of the accused for sexual assault and sexual assault with a weapon. For this reason, as well as for the reasons I will outline relating to the issue of post-event demeanour evidence and the application of the *W. (D.)* analysis raised by the accused (*R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742), I would dismiss the appeal. I am in agreement with the reasons and conclusion of the majority of the Court of Appeal (2010 ONCA 491, 261 C.C.C. (3d) 125).

## II. Issue 1: Fresh Evidence

[24] Section 683(1)(d) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, allows a Court of Appeal to receive fresh evidence when it is in the "interests of justice" to do so. The four criteria for the admissibility of fresh evidence under this section of the *Criminal Code* are set out in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759.

[21] L'accusé a été déclaré coupable. Entre autres constatations, le juge du procès a conclu que la plaignante avait mordu l'accusé à un doigt lorsqu'il l'avait entraînée au sous-sol (2008 CarswellOnt 9505 (C.J.)).

[22] L'accusé souhaite maintenant produire un nouvel élément de preuve : le témoignage d'un expert en odontologie médico-légale qui affirmerait que la marque sur le doigt de l'accusé ne pouvait pas résulter d'une morsure. Cet élément de preuve aurait pu être produit au procès, mais il ne l'a pas été. L'accusé concède qu'il lui est impossible de satisfaire au critère de la diligence raisonnable, l'un des critères d'admissibilité d'un nouvel élément de preuve. Il soutient cependant qu'on peut raisonnablement penser que ce nouvel élément de preuve aurait influé sur le résultat s'il avait été présenté au procès.

[23] J'ai eu l'occasion de lire l'ébauche des motifs de la juge Charron. Selon elle, il faut accueillir la requête présentée par l'accusé en vue de présenter un nouvel élément de preuve, admettre cet élément de preuve et ordonner la tenue d'un nouveau procès. En toute déférence, je crois que, même si l'on ajoute foi au témoignage de l'expert, on ne peut raisonnablement penser qu'il aurait influé sur le résultat, en l'occurrence la déclaration de culpabilité de l'accusé pour agression sexuelle et agression sexuelle armée. Pour cette raison, ainsi que pour les motifs que j'exposerai concernant la preuve de l'attitude après les faits et l'application de l'analyse décrite dans *W. (D.)* (*R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742), qu'invoque l'accusé, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Je souscris aux motifs et à la conclusion des juges majoritaires de la Cour d'appel (2010 ONCA 491, 261 C.C.C. (3d) 125).

## II. Première question : Le nouvel élément de preuve

[24] L'alinéa 683(1)d) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, autorise une cour d'appel à admettre un nouvel élément de preuve lorsqu'il est dans l'« intérêt de la justice » de le faire. L'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, énonce les quatre critères d'admissibilité d'un nouvel élément de preuve pour l'application de cette disposition du *Code criminel*.

[25] Only two of the *Palmer* criteria are at issue in this case. The first criterion is that fresh evidence should not generally be admitted if by due diligence it could have been adduced at trial. The expert evidence the accused now seeks to have admitted could have been adduced at trial and this is conceded by him. I am in agreement with the majority of the Court of Appeal that the due diligence criterion plays an important role in the administration of justice and with the explanation provided by Doherty J.A. in *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (Ont. C.A.), at p. 411:

The interests of justice referred to in s. 683 of the *Criminal Code* encompass not only an accused's interest in having his or her guilt determined upon all of the available evidence, but also the integrity of the criminal process. Finality and order are essential to that integrity. The criminal justice system is arranged so that the trial will provide the opportunity to the parties to present their respective cases and the appeal will provide the opportunity to challenge the correctness of what happened at the trial. Section 683(1)(d) of the *Code* recognizes that the appellate function can be expanded in exceptional cases, but it cannot be that the appellate process should be used routinely to augment the trial record. Were it otherwise, the finality of the trial process would be lost and cases would be retried on appeal whenever more evidence was secured by a party prior to the hearing of the appeal. For this reason, the exceptional nature of the admission of "fresh" evidence on appeal has been stressed . . . .

[26] I agree with Charron J. that the due diligence criterion should not trump the other *Palmer* criteria. Neither, however, should it be ignored. In this case, lack of due diligence at trial is a consideration that weighs against reception of new evidence on appeal.

[27] I now turn to the fourth *Palmer* criterion. We are concerned here with an application to adduce fresh evidence and with whether that evidence, when taken with the other evidence adduced at trial, could reasonably be expected to affect the result of the trial. To answer this question it is necessary to

[25] Seulement deux des critères établis dans *Palmer* sont en cause dans la présente affaire. Selon le premier critère, on ne devrait généralement pas admettre un nouvel élément de preuve qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produit au procès. Or, l'accusé aurait pu présenter au procès le témoignage d'expert qu'il cherche maintenant à faire admettre, et il le concède. Je suis d'accord avec les juges majoritaires de la Cour d'appel pour dire que le critère de la diligence raisonnable joue un rôle important dans l'administration de la justice et je souscris à l'explication fournie par le juge Doherty dans l'arrêt *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Ont.), p. 411 :

[TRADUCTION] L'intérêt de la justice mentionné à l'art. 683 du *Code criminel* vise non seulement l'intérêt qu'a l'accusé à ce que sa culpabilité soit déterminée à la lumière de toute la preuve disponible, mais également l'intégrité du processus en matière criminelle. Le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires sont essentiels à cette intégrité. Le système de justice criminelle est organisé de telle manière que le procès donne aux parties la possibilité de présenter leur preuve, et l'appel la possibilité de contester la justesse de ce qui s'est produit au procès. L'alinéa 683(1)d) du *Code* reconnaît que le rôle des cours d'appel peut être élargi dans des cas exceptionnels, mais le processus d'appel ne peut être utilisé couramment pour étoffer le dossier constitué au procès. S'il en était autrement, le procès perdrait son caractère définitif et serait repris en appel chaque fois qu'une partie réussirait à recueillir d'autres éléments de preuve avant l'audition de l'appel. Voilà pourquoi le caractère exceptionnel de l'admission d'éléments de preuve « nouveaux » en appel a été souligné . . .

[26] Je conviens avec le juge Charron que le critère de la diligence raisonnable ne doit pas primer les autres critères établis dans *Palmer*, mais il ne faut pas non plus l'ignorer. En l'espèce, l'absence de diligence raisonnable au procès est un facteur qui joue contre la production du nouvel élément de preuve en appel.

[27] Passons maintenant au quatrième critère établi dans *Palmer*. Nous sommes saisis en l'espèce d'une requête en vue de présenter un nouvel élément de preuve et de la question de savoir si on peut raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, il aurait influé sur

consider the importance of the issue addressed by the new evidence in the context of the other evidence adduced at trial and in that context whether the new evidence could be expected to affect the result arrived at by the trial judge.

[28] From a review of the transcript, it is clear that the defence itself did not see the bite mark as an important fact. The complainant testified that she bit a finger of the accused. In cross-examination, defence counsel had the complainant reconfirm her evidence-in-chief that she had bitten one of the accused's fingers when he had placed his hand over her mouth to stop her from screaming:

Q: And you said you bit him hard?

A: I bit him as hard as I could.

Q: Okay. And you recall it was the middle finger you bit as far as you can tell?

A: As far as I can tell, it was. I didn't look at his finger. [A.R., vol. II, at p. 16]

[29] Counsel only asked two questions of the detective who had testified that he thought he observed a bite mark on the index finger of the accused:

Q: And the evidence you gave with respect to the injury you observed on his index finger, you have given your opinion as to it being consistent with a tooth mark, but just so we're clear I take it that's your lay opinion; you have no particular expertise in dental marks or bite marks?

A: That's correct.

Q: Okay. And a dental mark was not retained in any way to look at that bite mark?

A: No. [A.R., vol. II, at p. 82]

[30] In direct examination, defence counsel simply asked the accused whether the complainant had bitten him and he said she had not.

le résultat. Pour répondre à cette question, on doit examiner l'importance de la question en litige visée par le nouvel élément de preuve, dans le contexte des autres éléments de preuve produits au procès, et déterminer si, dans ce contexte, on peut penser que ce nouvel élément de preuve aurait influé sur la décision à laquelle est arrivé le juge du procès.

[28] Il ressort clairement de la transcription que la défense elle-même ne considérerait pas la morsure comme un fait important. La plaignante a témoigné avoir mordu l'accusé à un doigt. En contre-interrogatoire, l'avocat de la défense a demandé à la plaignante de confirmer à nouveau la réponse qu'elle avait donnée lors de son interrogatoire principal, selon laquelle elle avait mordu l'accusé à un doigt au moment où il lui avait mis la main sur la bouche pour l'empêcher de crier :

[TRADUCTION]

Q : Et vous dites l'avoir mordu fort?

R : Je l'ai mordu de toutes mes forces.

Q : D'accord. Et vous croyez vous rappeler que c'est le majeur que vous lui avez mordu?

R : Si ma mémoire est bonne, oui. Je n'ai pas regardé son doigt. [d.a., vol. II, p. 16]

[29] L'avocat n'a posé que deux questions au détective qui a dit avoir cru apercevoir une morsure sur l'index de l'accusé :

[TRADUCTION]

Q : Et le témoignage que vous avez donné au sujet de la blessure que vous avez vue sur son index, vous avez dit être d'avis qu'elle correspond à une morsure. Mais soyons clairs : je présume que c'est votre avis en tant que profane; vous n'avez aucune connaissance spécialisée en empreintes dentaires ou en morsures?

R : C'est exact.

Q : D'accord. Et on n'a prélevé aucune empreinte dentaire de quelque manière que ce soit pour l'examen de cette morsure?

R : Non. [d.a., vol. II, p. 82]

[30] En interrogatoire principal, l'avocat de la défense a seulement demandé à l'accusé si la plaignante l'avait mordu, et il a répondu par la négative.

[31] That was the totality of the evidence counsel considered necessary to adduce with respect to the issue. I think this is indicative of how minor the biting issue was during the course of a two-day trial. I would think it logical that if the defence considered this a critical issue, more would have been made of it. To refute the complainant's evidence and the evidence of the officer who testified about the bite mark, it would be logical that the defence would have considered calling expert evidence at that time. At the very least, counsel could be expected to have objected to the admission of the officer's evidence. However, defence counsel apparently did not consider it sufficiently important to do so.

[32] To place the bite mark evidence in context, I turn to the other evidence adduced at trial.

[33] Culver J. recognized (at para. 88) that the "central issue in the end is one of consent" and that he was faced with two competing versions of events: the accused's version, in which the sexual activities were consensual, and the complainant's version in which the sexual activities were non-consensual. He ultimately accepted the complainant's version of events, and concluded that "the accused's evidence is not capable of belief" (para. 89).

[34] As the majority of the Court of Appeal observed, "The clear anchor of the trial judge's reasons for judgment was his belief of the complainant's testimony" (para. 27). The trial judge found her evidence to be "compelling, straightforward and credible" (*ibid.*).

[35] However, the trial judge did not rely solely on his belief that the complainant was credible when arriving at his conclusions. In addition to the bite mark, he also relied on a number of additional factors to support her version of events and reject the accused's version of events.

[36] The trial judge's reasons state that beside the bite mark he relied on the following factors to support the complainant's version of events and

[31] Ce qui précède représente la totalité de la preuve que l'avocat de la défense a jugé nécessaire de produire à ce sujet. À mon avis, cela témoigne du peu d'importance accordé à la question de la morsure durant les deux jours du procès. Il aurait été logique, selon moi, que la défense s'attarde davantage sur ce point si elle l'avait considéré comme crucial. Il aurait été logique que la défense songe à appeler un expert à témoigner à ce moment-là pour réfuter le témoignage de la plaignante et celui de l'agent de police qui a parlé de la morsure. On se serait attendu à tout le moins à ce que l'avocat de la défense s'oppose à l'admission du témoignage de l'agent. Toutefois, l'avocat n'a apparemment pas jugé que cela en valait la peine.

[32] Je vais maintenant analyser les éléments de preuve présentés au procès pour situer la preuve de la morsure dans son contexte.

[33] Le juge Culver a reconnu qu'[TRADUCTION] « en dernière analyse, la question fondamentale est celle du consentement » (par. 88), et qu'il devait trancher entre deux versions des faits opposées : celle de l'accusé, qui affirmait que l'activité sexuelle était consensuelle, et celle de la plaignante, qui affirmait le contraire. Le juge a finalement retenu la version de la plaignante et conclu que « l'on ne peut pas ajouter foi au témoignage de l'accusé » (par. 89).

[34] Comme l'ont fait remarquer les juges majoritaires de la Cour d'appel, [TRADUCTION] « [i]l est clair que le point d'ancrage des motifs du juge du procès est sa foi dans le témoignage de la plaignante », qui était selon lui « convaincant, sincère et crédible » (par. 27).

[35] Les conclusions du juge du procès ne reposent toutefois pas uniquement sur sa foi en la crédibilité de la plaignante. Il s'est aussi fondé sur plusieurs autres facteurs, outre la morsure, pour retenir la version des faits de la plaignante et rejeter celle de l'accusé.

[36] Dans ses motifs, le juge du procès indique qu'il a retenu la version des faits de la plaignante et rejeté celle de l'accusé en raison, non seulement de

to reject the accused's version: (i) the evidence of her post-event demeanour; (ii) the evidence of the condition of the home and the items located in it; (iii) the evidence relating to the existence of the dull knife; (iv) the manner in which the accused described his interaction and control over the complainant during the sexual activity; and (v) the general internal and external logic and consistency of the complainant's version as opposed to the accused's version of events.

[37] The first factor was the evidence of the complainant's post-event demeanour. There were three separate incidents that make up this post-event demeanour evidence: (i) immediately after the event she arrived at her friend's house, and was incoherent, crying, hysterical, terrified and disclosed that she had been raped; (ii) later that same day, after the police were called, she was observed to be visibly distraught at the hospital (where a rape kit was collected) and at the police station; and (iii) two days after the event, two police officers observed that the complainant had a visibly panicked reaction when the accused arrived at the matrimonial home to retrieve his property.

[38] This post-event demeanour evidence is consistent with a sexual assault having occurred. For the first incident in particular, there was no time lapse. The complainant was observed within minutes of her leaving the matrimonial home; this evidence was reflective of the complainant's reaction to the events that had just occurred. The fresh evidence would not bear in any way on this evidence.

[39] Defence counsel at trial argued that the post-event demeanour evidence "jar[red] somewhat" with the fact that the complainant did not take a shower, clean her teeth or put clean clothes on in order to preserve evidence (R.R., at pp. 10-11). However, the only place the complainant could have changed her clothes, cleaned her teeth or showered was at the matrimonial home, where the sexual assault had just taken place, and where the accused remained. The fact that she fled the scene of the

la morsure, mais aussi des facteurs suivants : (i) la preuve de l'attitude de la plaignante après les faits; (ii) la preuve de l'état de la résidence et des objets qui s'y trouvaient; (iii) la preuve concernant l'existence du couteau émoussé; (iv) la description par l'accusé de son comportement envers la plaignante et du contrôle qu'il a exercé sur elle au cours de l'activité sexuelle; et (v) de façon générale, la logique interne et externe et la cohérence de la version de la plaignante comparativement à celle de l'accusé.

[37] Un premier facteur est la preuve de l'attitude de la plaignante après les faits. Cette preuve concerne trois incidents distincts : (i) tout de suite après le fait, la plaignante est arrivée chez son amie, a tenu des propos incohérents, pleurait, était hystérique et terrifiée, et a dit avoir été violée; (ii) plus tard ce jour-là, après que la police a été appelée, on a constaté que la plaignante était de toute évidence complètement bouleversée à l'hôpital (où des échantillons ont été prélevés à l'aide de la trousse utilisée dans les cas de viol) et au poste de police; et (iii) deux jours après le fait, deux agents de police ont pu observer la réaction de panique évidente de la plaignante quand l'accusé est arrivé au domicile conjugal pour récupérer ses biens.

[38] Cette preuve relative à l'attitude après les faits est compatible avec la perpétration d'une agression sexuelle. Notons plus particulièrement qu'aucun délai ne s'est écoulé avant le premier incident; la plaignante a été observée quelques minutes après son départ du domicile conjugal. Cette preuve témoigne de la réaction de la plaignante à ce qui venait de se passer. Le nouvel élément de preuve n'aurait aucune incidence sur cette preuve.

[39] L'avocat de la défense au procès a soutenu que la preuve relative à l'attitude après les faits [TRADUCTION] « ne concorde pas vraiment » avec le fait que la plaignante a pris soin de préserver les éléments de preuve en ne prenant pas de douche, en ne se brossant pas les dents et en ne revêtant pas des vêtements propres (d.i., p. 10-11). Toutefois, le domicile conjugal est le seul endroit où la plaignante aurait pu se changer, se brosser les dents ou prendre une douche. Or, c'est là que l'agression



sexual assault and the accused without taking time to clean herself up is entirely consistent with the conclusion that she had just been sexually assaulted and wanted to escape from her attacker.

[40] I agree with the majority of the Court of Appeal that this post-event demeanour evidence was “strong evidence indeed” (para. 38). This Court has long held that evidence of the demeanour of a sexual assault victim can be used as circumstantial evidence to corroborate the complainant’s version of events. In *Murphy v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 603, Spence J., writing for the majority and the unanimous Court on this point, found (at pp. 612-13):

The respondent’s factum, I believe, sets out the proper view as follows:

Independent testimony of a rape complainant’s emotional condition is capable at law of corroboration where it is sufficiently damning that it may be considered by a jury to be more consistent with her denial of consent than with the existence of consent, or, to put it another way, where a reasonable inference can be drawn by a jury, considering all the circumstances, that there is a causal relationship between the assault and the complainant’s distraught emotional condition.

... Her mental condition was most marked and very convincing evidence thereof was given by both the cousin and the policeman. I am of the opinion that such evidence could qualify as corroboration within the provisions of s. 142 of the *Criminal Code*. The weight which should be given to such evidence was, of course, a matter for the jury and it must be presumed that the jurors did assess its weight in accordance with their sworn duty.

[41] *Murphy* dealt with the now repealed s. 142 of the *Criminal Code*. That section required a judge to warn a jury that it was unsafe to find the accused guilty in a rape case in the absence of corroborating evidence, if the only evidence implicating the accused was the testimony of the complainant. This corroboration requirement no longer exists. Nonetheless, the reasoning in *Murphy* still

sexuelle venait d’être commise et l’accusé s’y trouvait encore. Le fait que la plaignante a fui le lieu de l’agression sexuelle et l’accusé sans prendre le temps de se laver est tout à fait compatible avec la conclusion qu’elle venait d’être agressée sexuellement et qu’elle voulait échapper à son agresseur.

[40] Je partage l’opinion des juges majoritaires de la Cour d’appel que cette preuve relative à l’attitude après les faits était [TRADUCTION] « effectivement une preuve convaincante » (par. 38). Notre Cour reconnaît depuis longtemps qu’il est possible d’utiliser la preuve relative à l’attitude d’une victime d’agression sexuelle en tant que preuve circonstancielle pour corroborer la version des faits de la plaignante. S’exprimant au nom des juges majoritaires, et de la Cour unanime sur ce point, dans *Murphy c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 603, le juge Spence a écrit ce qui suit (aux p. 612-613) :

À mon avis, le point de vue énoncé par l’intimée dans son factum est bien fondé :

[TRADUCTION] La preuve indépendante de l’état émotif de la plaignante dans un cas de viol peut en droit constituer une corroboration si elle est suffisamment accablante pour qu’un jury considère qu’elle est plus compatible avec l’absence de consentement qu’avec l’existence d’un consentement, ou, autrement dit, lorsque le jury peut raisonnablement tirer la conclusion, compte tenu de toutes les circonstances, qu’il existe un lien de causalité entre les voies de fait et le désarroi de [la plaignante].

... Son esprit était très troublé et sa cousine et le policier en ont témoigné d’une manière très convaincante. À mon avis, une telle preuve peut servir de corroboration au sens des dispositions de l’art. 142 du *Code criminel*. Il appartenait bien sûr aux jurés d’apprécier la valeur de cette preuve et il faut présumer que c’est ce qu’ils ont fait, conformément à leur serment d’office.

[41] L’arrêt *Murphy* portait sur l’art. 142 du *Code criminel*, maintenant abrogé. Cette disposition obligeait le juge à informer le jury qu’il était imprudent, dans un cas de viol, de déclarer l’accusé coupable en l’absence d’une preuve corroborante, si la seule preuve impliquant l’accusé était le témoignage de la plaignante. Cette exigence de corroboration n’existe plus. Malgré cela, le raisonnement

supports the use of post-event demeanour evidence as circumstantial evidence to support a complainant's version of events. If evidence of a sexual assault victim's post-event demeanour was capable of being corroborative then, it is certainly capable of constituting relevant circumstantial evidence now. In my respectful opinion, in this case, it was entirely appropriate for the judge to have regard to the demeanour evidence as part of all the evidence considered by him.

[42] A second factor that the trial judge considered was evidence of the complainant and the accused with regard to the dull knife. The trial judge recounted the complainant's evidence as follows:

She testified that he spoke of killing himself at one point. He got out an Army knife with a large blade, the entire knife being about 12 inches long, with a six to eight inch blade. She testified she was aware of him having it, but wasn't sure what he used it for. She testified that he forced her to look at the knife, and said he was going to kill himself with it. He was lying behind her at the time, and put the blade in front of her face about one foot away from her, pointing at her. He wanted her to hold the handle of the knife, and told her he took out life insurance at it covered suicide. He gave her instructions on how to get access to the insurance policy, which was in a safe. She tried to distract him with comments about the children, and testified that she was very afraid of the knife. At one point he said, "I might as well kill you too", when the knife was in front of her face.

She stated that she was so afraid of the knife, that she said if they went upstairs she would have sex with him, if the knife was put away. She testified that she hated sex being forced on her, but hated the talk of suicide and the knife more. [paras. 13-14]

[43] He then summarized the evidence of the accused:

He admitted that there was a knife in his room underneath his bedroom table. In February or March

adopté dans *Murphy* permet toujours d'utiliser la preuve relative à l'attitude après les faits en tant que preuve circonstancielle à l'appui de la version des faits d'une plaignante. Si la preuve de l'attitude d'une victime d'agression sexuelle après les faits pouvait constituer une preuve corroborante à l'époque, elle peut certainement constituer une preuve circonstancielle pertinente aujourd'hui. Soit dit en toute déférence, il n'y avait rien d'incorrect à ce que le juge en l'espèce tienne compte de la preuve relative à l'attitude, parmi tous les éléments de preuve qu'il a analysés.

[42] Les témoignages de la plaignante et de l'accusé sur le couteau émoussé représentent un deuxième facteur dont le juge du procès a tenu compte. Le juge du procès a relaté en ces termes le témoignage de la plaignante :

[TRADUCTION] Elle a témoigné qu'à un moment donné il avait parlé de se suicider. Il a brandi un couteau militaire muni d'une grande lame : la longueur totale du couteau est d'environ 12 pouces, et sa lame mesure entre six et huit pouces. La plaignante a dit qu'elle savait qu'il possédait ce couteau, mais elle ignorait dans quel but il s'en servait. Toujours selon son témoignage, il l'a obligée à regarder le couteau et a dit qu'il allait l'utiliser pour se suicider. Alors qu'il était étendu derrière elle, il a placé la lame du couteau devant elle, à environ un pied de son visage, et l'a pointée dans sa direction. Il voulait qu'elle tienne le couteau par le manche, et il lui a dit qu'il avait contracté une assurance-vie couvrant le suicide. Il lui a indiqué comment avoir accès au contrat d'assurance-vie, qui se trouvait dans un coffre-fort. Elle a essayé de le distraire en parlant des enfants, et a dit que le couteau lui faisait très peur. À un moment donné, alors que le couteau se trouvait devant le visage de la plaignante, il lui a dit : « Je pourrais aussi bien te tuer toi aussi ».

La plaignante a affirmé que le couteau l'effrayait énormément, qu'elle a dit à l'accusé qu'elle aurait des rapports sexuels avec lui s'ils allaient au rez-de-chaussée et s'il rangeait le couteau. Selon son témoignage, elle détestait la perspective d'avoir des rapports sexuels sans son consentement, mais détestait encore davantage la conversation au sujet du suicide et du couteau. [par. 13-14]

[43] Le juge a ensuite résumé ainsi le témoignage de l'accusé :

[TRADUCTION] Il a concédé qu'il y avait un couteau dans sa chambre à coucher, sous sa table de nuit. En

of 2007, the complainant heard noises in the house at the front door and in the kitchen when the accused was not home. His son was apparently worried about him, namely the accused, living in a basement, so the son suggested the knife for protection.

After the last occasion they had intercourse in the basement, he testified the complainant said she felt chilly. He suggested they go upstairs to the bedroom, and she agreed. He sat her up, wrapped her in a comforter, and stated he told her why the knife was in his bedroom. He testified that he told her if it upset her that he would put it away, which he did later in the morning. He testified that he never threatened her with the knife, and testified that he put the knife away after she went to work, by putting it in a toolbox. [paras. 44-45]

[44] The significance of what the trial judge wrote is that on either view of the events, if the sexual activity was entirely consensual on the part of the complainant, why would there be any discussion of a knife at all and why would it have made her uncomfortable?

[45] But there is more. How did the complainant know the knife was dull? The complainant's evidence was:

The Court: Sorry, "Touch the blade . . ."

A: The blade of the knife.

The Court: Yes?

A: He had the blade on the chest freezer in front of my face. He was behind me. We both bent over in front of the knife and he said, "Put your finger along the blade. See how dull it is. This is really going to hurt when I kill myself." And I didn't want to touch the blade. I wouldn't touch the blade. I -- he made me touch the handle but I wouldn't touch the blade. [A.R., vol. I, at pp. 143-44]

[46] The accused confirmed, in cross-examination, that the knife was dull:

Q: And [the knife] had become dull over time as a result, correct?

février ou mars 2007, la plaignante a entendu des bruits provenant de la porte avant et de la cuisine alors que l'accusé n'était pas à la maison. Son fils s'inquiétait apparemment pour lui, c.-à-d. pour l'accusé, parce qu'il vivait dans un sous-sol. Son fils lui a donc conseillé de se procurer un couteau pour sa protection.

L'accusé a témoigné qu'après leur dernière relation sexuelle, au sous-sol, la plaignante lui a dit qu'elle avait froid. Il a proposé qu'ils se rendent à la chambre à coucher, au rez-de-chaussée, et elle a accepté. Il l'a fait asseoir, l'a enveloppée dans une couette et lui aurait expliqué pourquoi il gardait un couteau dans sa chambre à coucher. Selon son témoignage, il a dit à la plaignante que, si le couteau la dérangeait, il le rangerait, ce qu'il a fait plus tard au cours de la matinée. Il a affirmé qu'il ne l'avait jamais menacée avec le couteau, et qu'il l'avait rangé dans une boîte à outils après le départ de la plaignante pour le travail. [par. 44-45]

[44] Les propos du juge du procès revêtent de l'importance en ce sens que, quelle que soit la version des faits, on se demande pourquoi il aurait été question d'un couteau et pourquoi ce couteau aurait tracassé la plaignante si elle avait pleinement consenti à l'activité sexuelle?

[45] Mais il y a plus. Comment se fait-il que la plaignante savait que le couteau était émoussé? Voici le témoignage de la plaignante sur ce point :

[TRADUCTION]

La Cour : Pardon, « Touche à la lame . . . »

R : La lame du couteau.

La Cour : Oui?

R : Il avait mis la lame sur le congélateur horizontal, devant mon visage. Il se tenait derrière moi. Nous nous sommes tous les deux penchés en avant du couteau et il a dit : « Passe ton doigt le long de la lame. Sens comme elle est usée. Ça va faire vraiment mal quand je vais me suicider. » Et je ne voulais pas toucher à la lame. J'ai refusé d'y toucher. Je -- il m'a fait toucher au manche, mais j'ai refusé de toucher à la lame. [d.a., vol. I, p. 143-144]

[46] En contre-interrogatoire, l'accusé a confirmé que le couteau était émoussé :

[TRADUCTION]

Q : Et il [le couteau] s'était émoussé avec le temps, c'est exact?

A: Yeah I imagine it was, you could call it dull. [A.R., vol. II, at p. 152]

[47] But the evidence of the accused with regard to what occurred with respect to the knife would leave no room for the complainant to discover that the blade was dull.

Q: All right. And while you're in the basement with [the complainant] she sees this knife, right?

A: Eventually, yes.

Q: Okay. And you could sense that she didn't feel comfortable about this knife and asked her, "If you want me to remove it, I'll remove it" right?

A: I told her if it made her uncomfortable I'd remove it, yes. [A.R., vol. II, at p. 153]

[48] If the complainant just looked at the knife she would not have known it was dull. The evidence of the accused is inconsistent with his own acknowledgment that the knife was dull and with the complainant's knowledge that it was dull.

[49] A third factor was the manner in which the accused described the sexual activity. The trial judge considered the fact that the accused described his involvement as being more controlling to support the conclusion that the sexual activities were not initiated by the complainant and were not consensual. In the words of the trial judge:

Of some note, however, from time to time during [the accused's] testimony, many of the words he used to describe the sexual activity were descriptions of the accused manipulating the complainant's body. For instance, although he testified on cross-examination in the basement he pushed the complainant gently on the shoulder and she rolled over, his original testimony was that he rolled her over. Again in the basement, he asked her if she was cold, and he sat her up and wrapped her in a blanket, although he testified he didn't mean to say that he grabbed her and pulled her up.

There are other occasions in his evidence that have him describing himself as the more active partner than her in positioning her body for intercourse. [paras. 51-52]

R: Ouais. Je suppose qu'il l'était. On peut dire qu'il était émoussé. [d.a., vol. II, p. 152]

[47] Toutefois, d'après le témoignage de l'accusé sur ce qui est arrivé concernant le couteau, la plaignante n'aurait pas pu se rendre compte que la lame était émoussée.

[TRADUCTION]

Q: Très bien. Et pendant que vous êtes au sous-sol avec [la plaignante], elle aperçoit le couteau, c'est exact?

R: À un moment donné, oui.

Q: D'accord. Et vous vous rendiez compte que ce couteau la tracassait et vous lui avez dit : « Si tu veux que je le mette ailleurs, je vais le faire », c'est exact?

R: Je lui ai dit que je le mettrais ailleurs s'il l'effrayait, oui. [d.a., vol. II, p. 153]

[48] Si la plaignante avait uniquement regardé le couteau, elle n'aurait pas su qu'il était émoussé. Le témoignage de l'accusé ne cadre pas avec le fait que, de son propre aveu, le couteau était émoussé et que la plaignante le savait.

[49] Un troisième facteur est la description que donne l'accusé de l'activité sexuelle. Pour conclure que ce n'est pas la plaignante qui avait pris l'initiative des rapports sexuels et qu'elle n'y avait pas consenti, le juge du procès a pris en considération le fait que, dans la description donnée par l'accusé, c'est plutôt lui qui exerçait le contrôle. Pour reprendre les propos du juge du procès :

[TRADUCTION] Il convient toutefois de signaler que, à différentes reprises durant le témoignage [de l'accusé], une bonne part des propos qu'il a tenus pour décrire l'activité sexuelle indiquaient qu'il manipulait le corps de la plaignante. Par exemple, même si, en contre-interrogatoire, il a témoigné qu'il avait poussé délicatement l'épaule de la plaignante pour qu'elle se retourne, il avait dit dans son témoignage initial qu'il l'avait retournée. Toujours au sous-sol, l'accusé a demandé à la plaignante si elle avait froid, et il l'a fait asseoir et l'a enveloppée dans une couverture, mais il a précisé ne pas vouloir dire qu'il l'avait agrippée et soulevée.

Il s'est décrit, à d'autres moments de son témoignage, comme le partenaire le plus actif pour ce qui est de placer la plaignante en vue des rapports sexuels. [par. 51-52]

[50] The inference drawn by the trial judge that this evidence indicated the sexual relations were not consensual would not be affected in any way by the fresh evidence.

[51] A final factor was what the trial judge called “the general internal and external logic and consistency of the complainant’s description of the events, as opposed to the accused’s evidence as outlined in the Crown’s submissions” (para. 89). The trial judge had earlier outlined the Crown’s submissions on the logic and consistency of the complainant’s version of events as opposed to the accused’s version, where he wrote:

The Crown also urges me to find that the accused’s version of events does not make sense, and points out a number of illogical or inconsistent facts. The Crown contends, for a number of reasons, that it is illogical that the complainant would become a consenting and willing partner. She wanted a separation, and the process was clearly underway. He had refused to participate in marriage counselling. They had visited a mediator and a pension evaluator. A shared parenting plan had been considered. They had not had sexual relations for at least 18 months, and he knew that she was not interested in sexual relations; he had taken up a bedroom in the basement six months prior. These events occurred after she was dressed for work and was getting ready to leave. She was expected at work, with many people reporting to her. They had been arguing over the daughter’s Wonderland trip.

All of these, the Crown urges me to find, are inconsistent with a sudden change in her attitude towards the accused.

The Crown also argues that the accused’s contention that the complainant was spontaneous, sexual and passionate, yet he couldn’t say she initiated any of the acts; that she had oral sex with him after gagging during oral sex; and that it was a hot day, yet she was cold in the basement, are unlikely and illogical. [paras. 67-69]

[52] I would agree with the majority of the Court of Appeal when it found that the logic of the complainant’s testimony was a “particularly powerful” factor considered by the trial judge and that “[i]he

[50] S’il était admis, le nouvel élément de preuve n’influerait aucunement sur la conclusion du juge du procès selon laquelle le témoignage précité montre que les rapports sexuels n’étaient pas consensuels.

[51] Un dernier facteur est ce que le juge du procès a appelé [TRADUCTION] « de façon générale, la logique interne et externe et la cohérence de la version des faits de la plaignante, par rapport au témoignage de l’accusé comme l’a souligné le ministère public dans ses observations » (par. 89). Le juge du procès avait plus tôt souligné les observations du ministère public sur la logique et la cohérence de la version des faits de la plaignante par rapport à la version de l’accusé :

[TRADUCTION] Le ministère public m’exhorte aussi à conclure que la version des faits de l’accusé n’a aucun sens et souligne plusieurs faits illogiques et incohérents. Le ministère public soutient, pour plusieurs raisons, qu’il est illogique que la plaignante soit devenue une partenaire consentante. Elle voulait se séparer, et elle avait manifestement engagé le processus de séparation. L’accusé avait refusé de prendre part à des séances de consultation matrimoniale. Ils avaient rencontré un médiateur et un spécialiste de l’évaluation des pensions. Ils avaient envisagé un plan de garde partagée. Ils n’avaient pas eu de rapports sexuels depuis au moins 18 mois, et il savait qu’elle ne désirait pas en avoir; il avait emménagé dans une chambre à coucher au sous-sol six mois auparavant. Au moment où les faits sont survenus, elle était déjà habillée pour aller travailler et s’apprêtait à partir. La plaignante était attendue au travail, où de nombreux employés relevaient d’elle. Ils s’étaient disputés au sujet de l’excursion de leur fille à Wonderland.

Le ministère public m’exhorte à conclure que tout ce qui précède est incompatible avec un changement soudain d’attitude de la plaignante envers l’accusé.

Le ministère public qualifie également d’in vraisemblables et d’illogiques les prétentions de l’accusé que la plaignante s’est montrée spontanée, sensuelle et passionnée, alors qu’il n’a pas pu affirmer qu’elle avait pris l’initiative de l’un ou l’autre des actes sexuels, qu’elle a eu des rapports sexuels oraux avec lui après avoir eu un haut-le-cœur durant la fellation, et qu’il faisait chaud ce jour-là, mais qu’elle a eu froid au sous-sol. [par. 67-69]

[52] Je souscris à la conclusion des juges majoritaires de la Cour d’appel que la logique du témoignage de la plaignante était un facteur [TRADUCTION] « particulièrement convaincant »

constellation of these contextual facts lends substantial credence to the complainant's 'compelling, straightforward, credible' testimony" (para. 38).

[53] Charron J. says that "it would be dangerous for this Court to uphold the convictions" based on one version of events being more plausible than the other. She observes that although "one may reasonably view the [accused's] version of consensual sex implausible in the circumstances outlined by the majority (para. 38), counsel aptly points out that the same could be said about the complainant's version" (para. 14).

[54] I cannot agree. In addition to the findings of the trial judge I would add the following. The undisputed evidence is that for some years this couple had sexual relations twice a year, once on the accused's birthday and once in the summer; hardly suggestive of a spontaneous, passionate advance by the complainant on June 8, 2007.

[55] Further, the complainant was in the process of arranging to leave the matrimonial home. She had just told the accused that morning that she had contacted a real estate agent. The accused testified that he recalled that the complainant had mentioned that she was dealing with a realtor to find a new premises for herself. The marriage break-up was against the accused's wishes, it was imminent and he was concerned about the complainant's fidelity. He testified that during the events of June 8, 2007 he questioned the complainant about being unfaithful. As the Crown argued, this pointed to a motive for the accused "to have the complainant sexually one last time before the final breakup, which was imminent" (para. 82).

[56] Charron J. says, "It also seems implausible that the appellant, who had never been depressed, violent, or aggressive in the 19 years the parties spent together, suddenly turned into the suicidal,

dont a tenu compte le juge du procès et que « [c]ette myriade d'éléments contextuels étaient fortement le "témoignage convaincant, sincère [et] crédible" » de la plaignante (par. 38).

[53] La juge Charron dit qu'« il serait risqué pour notre Cour de confirmer les déclarations de culpabilité [ . . . ] en s'appuyant sur le fait que la version d'une partie est plus plausible que celle de l'autre ». Elle fait remarquer : « Certes, l'on pourrait raisonnablement juger invraisemblable la version de [l'accusé] selon laquelle l'activité sexuelle était consensuelle dans les circonstances exposées par les juges majoritaires (par. 38), mais l'avocate souligne à bon droit que l'on pourrait en dire autant de la version de la plaignante » (par. 14).

[54] Je ne suis pas de cet avis. J'ajouterais ce qui suit aux conclusions du juge du procès. La preuve non contestée révèle que, pendant quelques années, le couple avait des rapports sexuels deux fois l'an, soit une fois à l'anniversaire de l'accusé et une fois au cours de l'été, ce qui ne laisse guère croire que la plaignante a fait des avances spontanées et passionnées à l'accusé le 8 juin 2007.

[55] De plus, la plaignante prenait des mesures pour quitter le domicile conjugal. Ce matin-là, elle venait de dire à l'accusé qu'elle avait communiqué avec une agente immobilière. Lors de son témoignage, l'accusé s'est rappelé que la plaignante avait mentionné avoir communiqué avec une agente immobilière afin de se trouver un nouveau logement. L'accusé était en désaccord avec la rupture du mariage, celle-ci était imminente et il doutait de la fidélité de la plaignante. L'accusé a témoigné que, durant les faits survenus le 8 juin 2007, il avait demandé à la plaignante si elle lui était infidèle. Comme l'a soutenu le ministère public, cela fournissait à l'accusé un mobile pour [TRADUCTION] « profiter sexuellement de la plaignante une dernière fois avant la rupture définitive, qui était imminente » (par. 82).

[56] La juge Charron explique qu'« [i]l semble aussi invraisemblable que l'appelant, qui n'a jamais été déprimé, violent ou agressif durant les 19 années qu'il a passées avec la plaignante, soit devenu

violent rapist described by the complainant” and that he “adamantly denied ever having had suicidal thoughts” (para. 14). However, in cross-examination, the complainant, in some detail, indicated that the accused had previously made threats of suicide when upset over the imminent breakdown of their marriage:

Q: All right. And he never threatened to commit suicide before?

A: That’s not true, he had. One time, it was after I told him I wanted to separate. I can’t tell you exactly when it was but he was -- we were both in the basement. I was in the room where we have a TV set and the only TV set we owned and I was watching TV and he was upset and he was walking from the TV room which you have labelled as “Family room” and he was walking to what you have labelled as “Game room” back and forth and saying he was going to kill himself.

Q: Okay.

A: Sort of as a rant, “I’m going to kill myself”, “I’m just going to kill myself.”

Q: All right. He had never been treated for depression as far as you know?

A: I have no knowledge of that.

Q: Any idea why he would want to kill himself? I mean it looked like he was going to get more money out of this separation than you were?

A: That was my understanding and that was what came through at the mediation and it is also what I informed him came through with my discussions with several lawyers. So I was -- I disclosed all of -- to the best of my ability all of my assets, and as I understand he had disclosed what he had as well; so the plain numbers were yes, there would be an advantage to him. [Emphasis added; A.R., vol. II, at p. 24.]

[57] Having regard to the context, it is apparent that the threats of suicide were made to intimidate and cause distress to the complainant in response to her wanting to separate from him. He testified that he “definitely did not want a separation or a divorce, not at all. I loved my wife and I didn’t

soudainement le violeur suicidaire et violent dont elle parle », et qu’il « a nié catégoriquement avoir, à quelque moment que ce soit, songé à se suicider » (par. 14). La plaignante a toutefois relaté de façon assez détaillée en contre-interrogatoire que l’accusé avait auparavant menacé de se suicider alors qu’il était bouleversé par la rupture imminente de leur mariage :

[TRADUCTION]

Q: Parfait. Et il n’avait jamais menacé auparavant de se suicider?

R: C’est faux, il l’avait fait. Il l’a fait une fois, après que je lui ai dit que je voulais me séparer. Je ne peux pas vous dire exactement quand ça s’est produit, mais il était -- nous étions tous les deux au sous-sol. J’étais dans la pièce où il y a la télévision, la seule que nous possédons. Je regardais la télévision, et il était bouleversé et il se promenait entre la salle de télévision, que vous avez appelée « salle familiale », et la pièce que vous appelez la « salle de loisirs » en répétant qu’il allait se suicider.

Q: D’accord.

R: C’était comme une rengaine : « Je vais me suicider, je vais juste me suicider. »

Q: Parfait. À votre connaissance, il n’a jamais été traité pour une dépression?

R: Je ne le sais pas.

Q: Avez-vous une idée de la raison pour laquelle il aurait voulu se suicider? Je veux dire, il allait, semble-t-il, obtenir plus d’argent que vous à la suite de la séparation?

R: C’est ce que j’ai cru comprendre et c’est ce qu’a révélé la médiation. C’est aussi ce que je lui ai dit de ce qui est ressorti de mes discussions avec plusieurs avocats. Alors, j’étais -- à ma connaissance, j’ai communiqué tous mes avoirs, et je pense qu’il a fait la même chose; donc, les chiffres disent clairement que oui, ce serait avantageux pour lui. [Je souligne; d.a., vol. II, p. 24.]

[57] Il ressort clairement du contexte que les menaces de suicide de l’accusé visaient à intimider la plaignante et à lui infliger des souffrances morales parce qu’elle voulait rompre avec lui. Selon le témoignage de l’accusé, il [TRADUCTION] « ne voulais[t] absolument pas [s]e séparer ou

want it” (A.R., vol. II, at p. 104). While the accused may not have been depressed, his threats of suicide were consistent with his motive — demonstrated when he indicated he did not want the divorce and when he questioned the complainant about infidelity — to exercise power over the complainant, and have her sexually one last time before the end of the marriage. Or in the words of the complainant:

Q: Okay. And had you said anything to him up to this point in time when you pulled your pants off?

A: I said -- I only remember saying “Don’t do this, this is rape, stop”.

Q: All right. And what did he say?

A: I don’t remember everything he said at that point. I recall he had told me that he deserved one last meal. That’s what he was calling this ordeal was a last meal. [A.R., vol. I, at pp. 135-36]

[58] My colleague says that the significance of the bite mark is illustrated by the fact that the trial judge “looked closely at any item of physical evidence that could assist him in determining the credibility issue” (para. 12). However, as I have outlined, the trial judge relied on much more than just the biting evidence to resolve the credibility issue.

[59] In sum, an examination of the trial judge’s reasons, and the factors that he considered in coming to the conclusion that the accused’s evidence was “not capable of belief”, all demonstrate the minor nature of the biting evidence. These factors, and the undisputed evidence, discussed in detail above are:

- The post-event demeanour evidence of the complainant which was consistent with a sexual assault having occurred;
- The reference to the knife, which is inconsistent with the sexual activity having been consensual;

divorcer, pas du tout. [II] aimai[t] [s]a femme et [il] ne voulais[t] pas rompre avec elle » (d.a., vol. II, p. 104). L’accusé n’était peut-être pas déprimé, mais ses menaces de suicide cadraient avec la raison — qu’il a exprimée en disant qu’il refusait le divorce et en demandant à la plaignante si elle était infidèle — pour laquelle il voulait exercer son emprise sur la plaignante et profiter d’elle sexuellement une dernière fois avant la fin du mariage. Ou, pour reprendre les mots de la plaignante :

[TRADUCTION]

Q: D’accord. Et lui avez-vous dit quelque chose à ce moment-là, lorsque vous avez retiré votre pantalon?

R: J’ai dit -- Je me rappelle seulement d’avoir dit : « Ne fais pas ça, c’est un viol, arrête! »

Q: Très bien. Et qu’a-t-il dit?

R: Je ne me souviens pas de tout ce qu’il a dit à ce moment-là. Je me rappelle qu’il m’a dit qu’il méritait bien un dernier repas. C’est comme ça qu’il a appelé l’épreuve qu’il m’a fait subir, un dernier repas. [d.a., vol. I, p. 135-136]

[58] Selon ma collègue, le fait que le juge du procès a examiné attentivement « chaque élément de preuve matérielle susceptible de l’aider à trancher la question de la crédibilité » (par. 12) démontre l’importance de la preuve de la morsure. Mais comme je l’ai souligné, le juge du procès s’est fondé sur beaucoup plus que la preuve de la morsure pour résoudre la question de la crédibilité.

[59] En somme, l’examen des motifs du juge du procès et des facteurs qu’il a pris en considération pour conclure que [TRADUCTION] « l’on ne peut pas ajouter foi » au témoignage de l’accusé démontre que la preuve de la morsure n’avait pas beaucoup d’importance. Ces facteurs, et les éléments de preuve non contestée, que j’ai décrits en détail sont les suivants :

- La preuve relative à l’attitude de la plaignante après les faits, qui concorde avec la perpétration d’une agression sexuelle.
- La mention du couteau, qui ne cadre pas avec une activité sexuelle consensuelle.



- The complainant's awareness that the knife was dull;
- The trial judge's observations as to the controlling manner in which the accused described the sexual activity;
- The complainant wanted a separation, contrary to the wishes of the accused, and the process was underway. The morning of the events, the complainant told the accused that she had contacted a real estate agent;
- The complainant and accused were sleeping in separate rooms for six months prior to the event;
- The complainant was uninterested in sex;
- The couple had not had sex for at least 18 months before the event. Prior to this, the couple had sex twice a year: once on the accused's birthday and once during the summer;
- The complainant was dressed to leave for work, where she was expected by people who reported to her, and made no call when the event began to indicate that she would be late;
- The couple had, just prior to the event, been arguing over their daughter's trip;
- The accused could not say that the complainant had initiated any of the sex acts;
- The accused said that the complainant had oral sex with him after gagging during oral sex;
- During the events, the accused questioned the complainant about being unfaithful;
- The accused used threats of suicide to intimidate the complainant in response to her wanting to separate from him, which was against his wishes, both during the events and prior to the events; and
- Le fait que la plaignante savait que le couteau était émoussé.
- Les observations du juge du procès sur la façon dont la description de l'activité sexuelle par l'accusé dénotait le contrôle qu'il exerçait.
- La plaignante voulait se séparer contre le gré de l'accusé, et le processus de séparation était en cours. Le matin des faits, la plaignante a dit à l'accusé qu'elle avait communiqué avec une agente immobilière.
- La plaignante et l'accusé faisaient chambre à part depuis six mois.
- La plaignante ne désirait pas avoir de rapports sexuels.
- Le couple n'avait pas eu de rapports sexuels depuis au moins 18 mois avant les faits. Auparavant, le couple avait des rapports sexuels deux fois par année, une fois à l'anniversaire de l'accusé et une fois durant l'été.
- La plaignante s'était habillée pour aller au travail, où des personnes qui relevaient d'elle l'attendaient, et elle n'a pas téléphoné au début de l'incident pour dire qu'elle arriverait en retard.
- Juste avant les faits, les conjoints se sont disputés au sujet de l'excursion de leur fille.
- L'accusé n'a pas pu affirmer que la plaignante avait pris l'initiative de l'un des actes sexuels.
- L'accusé a dit que la plaignante avait eu des rapports sexuels oraux avec lui après avoir eu un haut-le-cœur en lui faisant une fellation.
- Durant les faits, l'accusé a demandé à la plaignante si elle était infidèle.
- L'accusé avait déjà menacé de se suicider et il a refait cette menace au moment des faits pour intimider la plaignante parce qu'elle voulait rompre avec lui contre son gré.

- The accused's motive, to exercise power over the complainant one last time prior to the end of the marriage.

For these reasons, I cannot agree that the fresh evidence “could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result” (*Palmer*, at p. 775). I would dismiss the fresh evidence application.

### III. Issue 2: The Post-Event Demeanour Evidence

[60] The second issue on appeal concerns the trial judge's use of the evidence of the complainant's post-event demeanour. As I have already discussed, it is well established that the evidence of post-event demeanour of a sexual assault complainant can be used as circumstantial evidence to support a complainant's version of events (*Murphy*, at p. 612).

[61] The accused submits that when the bite mark evidence is taken out of the picture the other evidence considered by the trial judge “hold[s] little water” (A.F., at para. 89). He says the trial judge “was left with little more” than the complainant's post-event demeanour when corroborating her version of events (A.F., at para. 95). The accused asserts that “[t]he evidence of a teary-eyed complainant, without more, ought not to constitute convincing evidence of guilt beyond a reasonable doubt” (A.F., at para. 98).

[62] In his dissent, Winkler C.J.O. was concerned about the post-event demeanour evidence, but for another reason. Winkler C.J.O. was concerned that the trial judge “improperly admitted this circumstantial evidence which was not relevant, thus committing an error of law” (para. 100).

[63] However, Winkler C.J.O.'s concerns about the inadmissibility of the demeanour evidence

- Le mobile de l'accusé : exercer une dernière fois son emprise sur la plaignante avant la fin de leur mariage.

Pour ces motifs, je ne puis être d'accord pour dire que le nouvel élément de preuve est tel qu'on « puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, [il] aurait influé sur le résultat » (*Palmer*, p. 775). Je suis d'avis de rejeter la requête en autorisation de produire un nouvel élément de preuve.

### III. Deuxième question : La preuve relative à l'attitude après les faits

[60] La deuxième question en litige dans le pourvoi concerne l'utilisation, par le juge du procès, de la preuve de l'attitude de la plaignante après les faits. Comme je l'ai mentionné précédemment, il est bien établi que, dans un cas d'agression sexuelle, la preuve relative à l'attitude d'une plaignante après les faits peut être utilisée en tant que preuve circonstancielle pour étayer la version des faits de la plaignante (*Murphy*, p. 612).

[61] L'accusé soutient que, une fois la preuve de la morsure écartée, les autres éléments de preuve pris en considération par le juge du procès [TRADUCTION] « ne tiennent guère debout » (m.a., par. 89). Selon lui, le juge du procès « n'avait guère plus » que l'attitude de la plaignante après l'événement pour corroborer la version des faits de la plaignante (m.a., par. 95). Toujours selon l'accusé, « [l]a preuve d'une plaignante en sanglots ne saurait à elle seule constituer une preuve convaincante de culpabilité hors de tout doute raisonnable » (m.a., par. 98).

[62] Pour le juge en chef Winkler, dissident, la preuve relative à l'attitude après les faits posait aussi problème, mais pour une autre raison. En effet, il s'est dit préoccupé par le fait que le juge du procès [TRADUCTION] « a admis irrégulièrement cette preuve circonstancielle non pertinente, commettant ainsi une erreur de droit » (par. 100).

[63] L'accusé n'a toutefois pas invoqué devant notre Cour les problèmes relevés par le juge en

were not pursued by the accused before this Court. In oral argument, counsel for the accused acknowledged that “in appropriate circumstances, this kind of evidence is admissible or it is admissible and it can be probative” (transcript, at p. 35). The position of the accused was that “in a case like this, the demeanour evidence cannot be determinative of guilt beyond a reasonable doubt” (transcript, at p. 34).

[64] The accused’s argument about the post-event demeanour evidence, therefore, comes down to the argument that the trial judge erred by relying exclusively on this evidence. However, as I have outlined, on the basis of uncontested evidence and the internal and external logic and consistency and detail of the complaint’s description of events as opposed to the evidence of the accused, the post-event demeanour evidence was not the sole basis for the credibility determination.

[65] I would dismiss this ground of appeal.

#### IV. Issue 3: The *W. (D.)* Analysis

[66] The final issue on appeal concerns the trial judge’s application of the second step in the *W. (D.)* analysis. The accused submits that we should agree with Winkler C.J.O. who found that the trial judge had erred by not asking “whether, even if you do not believe the evidence of the accused, it raises a reasonable doubt” (para. 105).

[67] I would also dismiss this ground of appeal. It is apparent that the trial judge kept his eye firmly on the proper standard and burden of proof. He wrote that “[i]n analyzing the evidence, the question remains whether, on the whole of the evidence, I am left with a reasonable doubt about the guilt of the accused” and that “throughout the analysis, it must be remembered that the burden of proof is always on the Crown” (paras. 83-84). The trial judge expressly instructed himself of the *W. (D.)*

chef Winkler quant à l’inadmissibilité de la preuve relative à l’attitude. Lors de sa plaidoirie, l’avocat de l’accusé a concédé que, [TRADUCTION] « dans certaines circonstances, une preuve de ce genre est admissible ou est admissible et peut avoir une valeur probante » (transcription, p. 35). L’accusé plaide que, « dans une affaire comme celle qui nous occupe, la preuve relative à l’attitude ne peut établir de façon concluante la culpabilité hors de tout doute raisonnable » (transcription, p. 34).

[64] L’argument de l’accusé concernant la preuve relative à l’attitude après les faits revient donc à soutenir que le juge du procès a commis une erreur en se fondant exclusivement sur cette preuve. Mais comme je l’ai souligné plus tôt, compte tenu de la preuve non contestée ainsi que de la logique interne et externe et de la cohérence et la précision de la description des faits par la plaignante, par rapport au témoignage de l’accusé, la conclusion du juge du procès sur la crédibilité ne reposait pas uniquement sur la preuve relative à l’attitude après les faits.

[65] Je suis d’avis de rejeter ce moyen d’appel.

#### IV. Troisième question : L’analyse décrite dans l’arrêt *W. (D.)*

[66] La dernière question à trancher dans le pourvoi concerne l’application, par le juge du procès, de la deuxième étape de l’analyse décrite dans l’arrêt *W. (D.)*. Selon l’accusé, nous devrions souscrire à la conclusion du juge en chef Winkler que le juge du procès a eu tort de ne pas se demander si, [TRADUCTION] « même si on ne croit pas le témoignage de l’accusé, il subsiste un doute raisonnable » (par. 105).

[67] Je rejetterais aussi ce moyen d’appel. Il est clair que le juge du procès a toujours gardé à l’esprit la norme et le fardeau de preuve appropriés. Il a affirmé que, [TRADUCTION] « [I]ors de l’analyse de la preuve, la question est toujours de savoir si, compte tenu de l’ensemble de la preuve, il subsiste un doute raisonnable quant à la culpabilité de l’accusé », et que « tout au long de cette analyse, il ne faut jamais oublier que le fardeau de preuve incombe toujours au ministère public » (par. 83-84).

factors, and then tracked the steps of that analysis in his reasons. His reasons carefully reviewed and evaluated the testimony of the various witnesses, in support of his conclusion on credibility. It is apparent that the trial judge properly applied the steps in the *W. (D.)* analysis.

#### V. Conclusion

[68] I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed, DESCHAMPS and ROTHSTEIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Henein & Associates, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.*

Le juge du procès s'est expressément guidé sur les facteurs énoncés dans *W. (D.)*, puis a suivi les étapes de cette analyse dans ses motifs. Dans ses motifs, il a examiné attentivement et apprécié les dépositions des différents témoins pour étayer sa conclusion sur la crédibilité. Le juge du procès a manifestement bien appliqué les étapes de l'analyse décrite dans *W. (D.)*.

#### V. Conclusion

[68] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi accueilli, les juges DESCHAMPS et ROTHSTEIN sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant : Henein & Associates, Toronto.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

**Her Majesty The Queen in Right of the  
Province of British Columbia as represented  
by the Attorney General of British  
Columbia** *Appellant*

v.

**Ripudaman Singh Malik, Raminder Malik  
and Jaspreet Singh Malik** *Respondents*

INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY  
GENERAL) v. MALIK

2011 SCC 18

File No.: 33266.

2010: October 15; 2011: April 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Civil procedure — Anton Piller order — Evidence — Admissibility — Crown bringing action against respondents to recover monies advanced to fund defence costs — Crown obtaining ex parte Anton Piller order — Chambers judge relying on facts found against respondents in prior judicial proceedings — Whether Superior Court judge hearing ex parte application for interlocutory order may admit findings and conclusions of prior judicial decision into evidence — Whether prior decision admissible only where respondents precluded by issue estoppel or abuse of process from relitigating the facts adduced — Whether sufficient admissible evidence adduced to justify order.*

The Province seeks reimbursement of more than \$5.2 million it paid to fund Mr. Malik's defence in the Air India bombing trial in which Mr. Malik and a co-accused were acquitted. The Province's action is based on claims of debt, breach of contract, conspiracy, and fraud. In granting an *Anton Piller* order authorizing the search of the business and residential properties of the Malik family for evidence that they helped conceal Mr. Malik's assets, the chambers judge relied in part on facts found against the Malik family in prior judicial proceedings brought by Mr. Malik to obtain non-repayable

**Sa Majesté la Reine du chef de la province  
de la Colombie-Britannique représentée  
par le procureur général de la Colombie-  
Britannique** *Appelante*

c.

**Ripudaman Singh Malik, Raminder Malik et  
Jaspreet Singh Malik** *Intimés*

RÉPERTORIÉ : COLOMBIE-BRITANNIQUE  
(PROCUREUR GÉNÉRAL) c. MALIK

2011 CSC 18

N° du greffe : 33266.

2010 : 15 octobre; 2011 : 21 avril.

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

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

*Procédure civile — Ordonnance Anton Piller — Preuve — Admissibilité — Action intentée par la province contre les intimés en vue d'obtenir le remboursement des fonds versés pour financer leur défense — Ordonnance Anton Piller obtenue ex parte par la province — Juge siégeant en cabinet se fondant sur des faits défavorables aux intimés constatés dans le cadre de procédures judiciaires antérieures — Le juge de la Cour supérieure saisi d'une demande d'ordonnance interlocutoire présentée ex parte peut-il recevoir en preuve les conclusions d'une décision judiciaire antérieure? — La décision antérieure n'est-elle recevable que si les intimés ne pouvaient, en raison de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ou de l'abus de procédure, débattre de nouveau les faits présentés? — La preuve recevable était-elle suffisante pour justifier l'ordonnance?*

La province réclame le remboursement d'une somme de plus de 5,2 millions de dollars versée pour financer la défense de M. Malik dans le procès relatif à l'attentat d'Air India, à l'issue duquel M. Malik et un coaccusé ont été acquittés. L'action de la province repose sur des allégations de dette, de violation de contrat, de complot et de fraude. Pour accorder l'ordonnance *Anton Piller* autorisant la perquisition des locaux commerciaux et résidentiels de la famille Malik à la recherche d'éléments de preuve indiquant qu'elle avait aidé à dissimuler les actifs de M. Malik, le juge siégeant en cabinet s'est fondé

provincial funding for his defence (the “*Rowbotham* application”). The British Columbia Court of Appeal set aside the *Anton Piller* order because in its view the *Rowbotham* findings and conclusion were, for the most part, inadmissible even on an interlocutory application. In the absence of the *Rowbotham* facts there was insufficient admissible evidence to justify the order.

**Held:** The appeal should be allowed.

The requirements for an *Anton Piller* order were set out by this Court in *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.* to include (i) a strong *prima facie* case; (ii) serious damage to the plaintiff as a result of the defendant’s alleged misconduct, potential or actual; (iii) convincing evidence that the defendant has in its possession incriminating documents or things; and (iv) a real possibility that the defendant may destroy such material before the discovery process can do its work. This stringent test was met in this case.

In December 2000, Mr. Malik applied for bail. It was in his interest at that time to show that he was a man of substance. He filed evidence that he and his wife had a net worth of over \$11 million. Less than a year later, claiming to be without resources, Mr. Malik sought non-repayable government funding on *Rowbotham* principles. The application was rejected by the B.C. Supreme Court on the basis that “Mr. Malik remains a multimillionaire despite leading evidence to suggest his net worth is zero”. Further, it was held, “[t]he assets of Mr. Malik and his family are so interconnected as to be fused” and “Mr. Malik was, and still remains the patriarch of the Malik family which operated as a single financial entity. Mr. Malik jointly owns with his wife two businesses that gross millions each year”. In summary, the *Rowbotham* judge concluded, “[t]he evidence shows that Mr. Malik and his family have tried to arrange his financial and business affairs to minimize the value of his estate, to render him insolvent, and to therefore limit the amount of his contribution [to the costs of his defence], or to eliminate that obligation entirely”. The question is whether these findings and conclusions were admissible in the interlocutory proceedings.

en partie sur des faits défavorables à la famille Malik constatés dans le cadre de procédures judiciaires antérieures engagées par M. Malik en vue d’obtenir de la province un financement non remboursable lui permettant d’assurer sa défense (la « demande *Rowbotham* »). La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a annulé l’ordonnance *Anton Piller* parce qu’à son avis, la plupart des conclusions sur la demande *Rowbotham* étaient inadmissibles, même dans le cadre d’une demande d’ordonnance interlocutoire. En l’absence des faits *Rowbotham*, les éléments de preuve recevables n’étaient pas suffisants pour justifier l’ordonnance.

**Arrêt :** Le pourvoi est accueilli.

La Cour a énoncé les conditions suivantes pour l’obtention d’une ordonnance *Anton Piller* dans *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.* : (i) une preuve *prima facie* solide; (ii) le préjudice causé ou risquant d’être causé au demandeur par l’inconduite présumée du défendeur est grave; (iii) une preuve convaincante que le défendeur a en sa possession des documents ou des objets incriminants; et (iv) il est réellement possible que le défendeur détruise ces pièces avant que le processus de communication préalable puisse être amorcé. Ce critère exigeant a été satisfait en l’espèce.

En décembre 2000, M. Malik a demandé sa mise en liberté sous caution. À l’époque, il avait intérêt à montrer qu’il était un homme fortuné. Il a déposé des éléments de preuve selon lesquels la valeur nette de ses avoirs et de ceux de son épouse dépassait les 11 millions de dollars. Moins d’un an plus tard, affirmant être sans ressources, M. Malik a demandé un financement gouvernemental non remboursable en se fondant sur les principes établis dans *Rowbotham*. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté cette demande au motif que « M. Malik est toujours un multimillionnaire, même s’il a tenté de prouver que la valeur nette de ses avoirs est égale à zéro ». La cour a aussi conclu que « [l]es actifs de M. Malik et de sa famille sont liés les uns aux autres au point d’être fusionnés » et que « M. Malik était et est toujours le patriarche de la famille Malik, qui fonctionnait comme une seule et même entité financière. M. Malik possède conjointement avec son épouse deux entreprises qui génèrent chaque année des millions en recette brutes ». En résumé, le juge saisi de la demande *Rowbotham* a conclu que « [l]a preuve montre que M. Malik et sa famille ont essayé d’organiser ses affaires financières et commerciales de façon à minimiser la valeur de son patrimoine, à le rendre lui-même insolvable et à limiter ainsi le montant de sa contribution [au financement de sa défense], ou à éliminer totalement cette obligation ». Il s’agit de savoir si ces conclusions étaient admissibles dans les procédures interlocutoires.

An *Anton Piller* order is, in effect, a private search warrant and should only be granted on clear and convincing evidence. Such an order is available in British Columbia under the inherent jurisdiction of the Superior court. The Province comes before the Court as an ordinary civil litigant and its application for an *Anton Piller* order should be judged by the same rules as any other litigant. The Province enjoys no special Crown privilege or priority.

A judgment of a prior civil or criminal case is admissible, if considered relevant, as evidence in subsequent interlocutory proceedings as proof of its findings and conclusions, provided the parties are the same or were themselves participants in the prior proceedings on similar or related issues. The weight to be given to the earlier decision will rest not only on the identity of the participants, the similarity of the issues, the nature of the earlier proceedings and the opportunity given to the prejudiced party to contest it but on all the varying circumstances of the particular case. The issue of admissibility is separate and distinct from whether, once admitted, the prior decision is conclusive and binding. The prejudiced party or parties will have an opportunity before the reviewing judge to lead evidence to contradict the earlier findings or lessen their weight unless precluded from doing so by the doctrines of *res judicata*, issue estoppels or abuse of process.

There is a strong public interest in the avoidance of an unnecessary multiplicity of proceedings. Duplicative litigation creates the potential risk of inconsistent results. Inefficient procedures not only increase costs unnecessarily, but result in added delay, and can operate as an avoidable barrier to effective justice. The view that earlier judicial pronouncements should be inadmissible on the basis of concerns about hearsay and opinion evidence — the so-called rule in *Hollington v. F. Hewthorn & Co.* — is based on indefensible technicalities and its extension to interlocutory proceedings in a civil case is not consistent with more modern concerns about the avoidance of a needless multiplicity of proceedings.

In this case, the *Rowbotham* judgment was properly put before the chambers judge keeping in mind, of course, that it was for him, taking into account the whole of the interlocutory record, to make the factual and legal determinations necessary to issue or to

L'ordonnance *Anton Piller* est en fait un mandat de perquisition privé qui devrait être accordé seulement si la preuve est claire et convaincante. En Colombie-Britannique, la Cour supérieure a compétence inhérente pour accorder une ordonnance de ce genre. La province se présente devant le tribunal en tant que plaideur civil ordinaire et sa demande visant l'obtention d'une ordonnance *Anton Piller* doit être jugée selon les mêmes règles que pour tout autre plaideur. La province ne jouit d'aucun privilège ni d'aucune priorité de la Couronne.

Un jugement rendu dans une affaire civile ou criminelle antérieure est — si le tribunal le juge pertinent — admissible en preuve dans des procédures interlocutoires subséquentes et fait foi de ses conclusions, dès lors que les parties sont les mêmes ou qu'elles ont pris part à une instance antérieure concernant les mêmes questions ou des questions connexes. Le poids devant être attribué à la décision antérieure tiendra non seulement à l'identité des participants, à la similitude des questions en litige, à la nature des procédures antérieures et à la possibilité donnée à la partie lésée de la contester mais aussi à toutes les circonstances différentes de chaque cas. La question de l'admissibilité est séparée et distincte de celle de savoir si, une fois admise, la décision antérieure est concluante et contraignante. La partie ou les parties subissant un préjudice auront la possibilité de présenter des éléments de preuve devant le juge siégeant en révision en vue de contredire les conclusions antérieures ou d'en atténuer la portée, à moins que les règles relatives à la *res judicata*, à la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ou à l'abus de procédure les en empêchent.

Il est clairement dans l'intérêt public d'éviter une multiplicité inutile des instances. Les instances faisant double emploi risquent d'entraîner des résultats contradictoires. Des procédures inefficaces font non seulement augmenter inutilement les coûts, mais elles ont pour effet de retarder les choses et peuvent constituer un obstacle inévitable à une justice efficace. La thèse voulant que les décisions judiciaires antérieures devraient être inadmissibles en raison des craintes relatives au oui-dire et à la preuve d'opinion — la règle dite de l'arrêt *Hollington c. F. Hewthorn & Co.* — repose sur des formalités indéfendables et l'extension de cette règle aux procédures interlocutoires en matière civile ne cadre pas avec le souci plus contemporain d'éviter une multiplicité inutile des procédures.

En l'espèce, le juge siégeant en cabinet a été saisi à juste titre de la décision sur la demande *Rowbotham* étant donné, bien entendu, qu'il lui appartenait, en prenant en considération l'ensemble du dossier de la demande interlocutoire, de statuer sur les questions

decline to issue the orders sought by the Province. It was for him to determine, at the interlocutory stage, what weight to place on the *Rowbotham* findings and conclusions.

The earlier proceeding had been initiated by Mr. Malik and involved the other members of his family. The same series of family transactions, and allegations of asset manipulation, had thus earlier been examined by a judge of the Supreme Court of British Columbia. The issue before the chambers judge was (the Province claims) whether Mr. Malik was without funds to pay his debt to the Province as a result of asset manipulation and fraudulent dealings within the Malik family as initially explored in the *Rowbotham* application.

The court's earlier decision was a judicial pronouncement after the contending parties had been heard. It had substantial effect on their legal rights. It would have been wasteful of litigation resources and potentially productive of mischief and inconsistent findings to have required the chambers judge to require the Province to litigate the *Rowbotham* facts *de novo* at the *ex parte* stage of an interlocutory motion.

On the interlocutory record considered admissible, the *Anton Piller* order was properly granted. It is evident that the chambers judge made his own decision on the matters he was required to determine in relation to the *Anton Piller* application and did not abdicate his judgment to the *Rowbotham* judge. It was open to the chambers judge on the whole of the interlocutory record to issue the *Anton Piller* order *ex parte*. On the facts of this case, the four "essential conditions" that must be met to justify an *Anton Piller* order were satisfied. First, it was open to the chambers judge to conclude that the Province had made out a strong *prima facie* case to establish Mr. Malik's debt and the Malik family's conspiracy to defraud the Province and to assist Mr. Malik to avoid his obligations under the Defence Counsel Agreement. Secondly, a claim of over \$5.2 million against a debtor who, *prima facie*, exhibits a continuing history of evading payment by fraud and conspiracy with other members of his family to cover their financial tracks is very serious. Thirdly, it was open to the chambers judge to conclude on the *ex parte* application that incriminating documentation was in the possession of the Malik family. Finally, the evidence suggests, on a *prima facie* basis, that Mr. Malik has failed to respect court orders before, and that there

de fait et de droit qu'il lui fallait trancher pour être en mesure de délivrer ou de refuser les ordonnances sollicitées par la province. Il lui appartenait de décider, au stade de la demande interlocutoire, du poids à accorder aux conclusions sur la demande *Rowbotham*.

La procédure antérieure avait été engagée par M. Malik et faisait intervenir les autres membres de sa famille. La même série d'opérations familiales et les allégations de manipulation des actifs avaient donc été examinées auparavant par un juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Selon la province, la question soumise au juge siégeant en cabinet consistait à savoir si M. Malik était dépourvu des fonds nécessaires pour rembourser sa dette à la province par suite d'une manipulation d'actifs et d'opérations frauduleuses au sein de la famille Malik — des agissements examinés initialement dans le cadre de la demande *Rowbotham*.

La décision antérieure rendue par le tribunal constitue une déclaration judiciaire faite après que les parties adverses ont été entendues. Elle produit des effets substantiels sur leurs droits. Obliger le juge siégeant en cabinet à contraindre la province à plaider *de novo* les faits de la demande *Rowbotham* au stade d'une requête interlocutoire présentée *ex parte* aurait constitué une mauvaise utilisation des ressources judiciaires et aurait pu causer un préjudice et donner lieu à des conclusions contradictoires.

L'ordonnance *Anton Piller* a été accordée légitimement d'après le dossier interlocutoire tenu pour admissible. Il est évident que le juge siégeant en cabinet a pris sa propre décision sur les questions qu'il était appelé à trancher à propos de la demande *Anton Piller* et qu'il n'a pas renoncé à son indépendance de jugement par rapport au juge ayant statué sur la demande *Rowbotham*. Il lui était loisible, en se fondant sur l'ensemble du dossier interlocutoire, de délivrer *ex parte* l'ordonnance *Anton Piller*. Vu les faits de l'espèce, les quatre « conditions [qui] doivent être remplies » pour justifier une ordonnance *Anton Piller* étaient réunies. Premièrement, il était loisible au juge siégeant en cabinet de conclure que la province avait établi l'existence d'une solide preuve *prima facie* établissant la dette de M. Malik et le complot de la famille Malik en vue de frauder la province et d'aider M. Malik à se soustraire aux obligations qui lui incombaient en vertu de l'entente relative aux avocats de la défense. Deuxièmement, une créance de plus de 5,2 millions de dollars envers un débiteur qui, selon ce qu'il appert *prima facie*, s'est soustrait d'une façon continue au paiement en usant de fraude et de complot avec des membres de sa famille pour dissimuler leurs traces financières constitue quelque chose de très grave. Troisièmement, le juge siégeant en cabinet était fondé



was a “real possibility” that he and members of his family would do so again if they consider it is in their financial advantage. Given a history of refusal to provide proper disclosure of financial information despite an agreement and court orders to do so, it was open to the chambers judge to conclude that the Malik family might if forewarned continue the pattern of refusal and obfuscation by destroying relevant material before the discovery process could do its work.

It was open to the Malik family to challenge any of the “Rowbotham facts” when they brought before the chambers judge their application to set aside the *Anton Piller* order. They did lead some evidence, but their evidence did not relate to the financial transactions said to demonstrate the manipulation of family assets that lay at the heart of the *ex parte* order. The chambers judge was entitled to take into account this lack of any contest in affirming his *ex parte* orders and dismissing the Malik family’s review application.

### Cases Cited

**Applied:** *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, 2006 SCC 36, [2006] 2 S.C.R. 189; **not followed:** *Hollington v. F. Hewthorn & Co.*, [1943] 1 K.B. 587; **discussed:** *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; *Toronto (City) v. Canadian Union of Public Employees, Local 79* (2001), 55 O.R. (3d) 541, aff’d *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; **referred to:** *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] 1 Ch. 55; *Yousif v. Salama*, [1980] 3 All E.R. 405; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *Re Del Core and Ontario College of Pharmacists* (1985), 51 O.R. (2d) 1; *Saskatoon Credit Union Ltd. v. Central Park Enterprises Ltd.* (1988), 47 D.L.R. (4th) 431; *Arthur J.S. Hall & Co. v. Simons*, [2000] U.K.H.L. 38, [2002] 1 A.C. 615; *Jorgensen v. News Media (Auckland) Ltd.*, [1969] N.Z.L.R. 961; *Harvey v. The King*, [1901] A.C. 601; *Memphis Rogues Ltd. v. Skalbania* (1982), 38 B.C.L.R. 193; *Litchfield v. Darwin* (1997), 29 B.C.L.R. (3d) 203; *Capitanescu v. Universal Weld Overlays Inc.* (1996), 46 Alta. L.R. (3d) 203; *Catalyst Partners Inc. v. Meridian Packaging Ltd.*, 2007 ABCA 201, 76 Alta. L.R. (4th) 264.

à conclure, dans le cadre de la requête *ex parte*, que les documents incriminants étaient en possession de la famille Malik. Enfin, la preuve donne lieu de croire, de façon *prima facie*, que M. Malik a déjà contrevenu à des ordonnances judiciaires et qu’il « est réellement possible » que lui et des membres de sa famille y contreviendront encore s’ils y voient un avantage financier pour eux. Étant donné les refus antérieurs de fournir l’information financière requise malgré l’engagement et les ordonnances judiciaires en ce sens, il était loisible au juge siégeant en cabinet de conclure que la famille Malik, si elle était prévenue, pourrait continuer son manège de refus et de faux-fuyants en détruisant des documents pertinents avant que le processus de communication préalable puisse être amorcé.

Il était loisible à la famille Malik de contester les « faits *Rowbotham* » lorsqu’elle a soumis au juge siégeant en cabinet sa requête en annulation de l’ordonnance *Anton Piller*. Elle a certes présenté certains éléments de preuve, mais ceux-ci ne concernaient pas les opérations financières dont il était allégué qu’elles démontraient la manipulation d’actifs familiaux au centre des ordonnances *ex parte*. Le juge siégeant en cabinet était en droit de tenir compte de cette totale absence de contestation pour confirmer ses ordonnances *ex parte* et rejeter la demande de réexamen présentée par la famille Malik.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189; **arrêt non suivi :** *Hollington c. F. Hewthorn & Co.*, [1943] 1 K.B. 587; **arrêts analysés :** *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Toronto (City) c. Canadian Union of Public Employees, Local 79* (2001), 55 O.R. (3d) 541, conf. par *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; **arrêts mentionnés :** *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *Anton Piller KG c. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] 1 Ch. 55; *Yousif c. Salama*, [1980] 3 All E.R. 405; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *Re Del Core and Ontario College of Pharmacists* (1985), 51 O.R. (2d) 1; *Saskatoon Credit Union Ltd. c. Central Park Enterprises Ltd.* (1988), 47 D.L.R. (4th) 431; *Arthur J.S. Hall & Co. c. Simons*, [2000] U.K.H.L. 38, [2002] 1 A.C. 615; *Jorgensen c. News Media (Auckland) Ltd.*, [1969] N.Z.L.R. 961; *Harvey c. The King*, [1901] A.C. 601; *Memphis Rogues Ltd. c. Skalbania* (1982), 38 B.C.L.R. 193; *Litchfield c. Darwin* (1997), 29 B.C.L.R. (3d) 203; *Capitanescu c. Universal Weld Overlays Inc.* (1996), 46 Alta. L.R. (3d) 203; *Catalyst Partners Inc. c. Meridian Packaging Ltd.*, 2007 ABCA 201, 76 Alta. L.R. (4th) 264.

**Statutes and Regulations Cited**

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 24(1).  
*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 45.01.  
*Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009,  
 r. 22-2(13).  
*Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90, rr. 46(1), 51.

**Authors Cited**

*Cross and Tapper on Evidence*, 12th ed. by Colin Tapper.  
 New York: Oxford University Press, 2010.  
*McCormick on Evidence*, vol. 2, 5th ed. by John W.  
 Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Group,  
 1999.  
*Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in  
 Canada*, 3rd ed. by Alan W. Bryant, Sidney N. Leder-  
 man and Michelle K. Fuerst. Markham, Ont.: Lexis-  
 Nexis, 2009.

APPEAL from a judgment of the British  
 Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C., Frankel  
 and Tysoe J.J.A.), 2009 BCCA 201, 92 B.C.L.R.  
 (4th) 78, 53 C.B.R. (5th) 1, 270 B.C.A.C. 178, 454  
 W.A.C. 178, 69 C.P.C. (6th) 205, [2009] 7 W.W.R.  
 61, [2009] B.C.J. No. 915 (QL), 2009 CarswellBC  
 1193, setting aside the *Anton Piller* order affirmed  
 by McEwan J., 2008 BCSC 1027, 46 C.B.R. (5th)  
 41, [2008] B.C.J. No. 1454 (QL), 2008 CarswellBC  
 1621. Appeal allowed.

*Jonathan Noel Eades, Matthew S. Taylor and  
 Robert N. Hamilton*, for the appellant.

*Bruce E. McLeod*, for the respondents  
 Ripudaman Singh Malik and Raminder Malik.

*Jaspreet Singh Malik*, on his own behalf.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. —

**I. Introduction**

[1] The issue on this appeal is whether the  
 Supreme Court of British Columbia erred in issu-  
 ing an *Anton Piller* order to permit the Province  
 to conduct a “private search” of the respondents’  
 premises on the basis of an “information and

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 24(1).  
*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194,  
 règle 45.01.  
*Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009,  
 règle 22-2(13).  
*Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90, règles 46(1), 51.

**Doctrines citées**

*Cross and Tapper on Evidence*, 12th ed. by Colin Tapper.  
 New York : Oxford University Press, 2010.  
*McCormick on Evidence*, vol. 2, 5th ed. by John W.  
 Strong, General Editor. St. Paul, Minn. : West Group,  
 1999.  
*Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in  
 Canada*, 3rd ed. by Alan W. Bryant, Sidney N. Leder-  
 man and Michelle K. Fuerst. Markham, Ont. : Lexis-  
 Nexis, 2009.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de  
 la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et  
 les juges Frankel et Tysoe), 2009 BCCA 201, 92  
 B.C.L.R. (4th) 78, 53 C.B.R. (5th) 1, 270 B.C.A.C.  
 178, 454 W.A.C. 178, 69 C.P.C. (6th) 205, [2009]  
 7 W.W.R. 61, [2009] B.C.J. No. 915 (QL), 2009  
 CarswellBC 1193, qui a annulé l’ordonnance *Anton  
 Piller* confirmée par le juge McEwan, 2008 BCSC  
 1027, 46 C.B.R. (5th) 41, [2008] B.C.J. No. 1454  
 (QL), 2008 CarswellBC 1621. Pourvoi accueilli.

*Jonathan Noel Eades, Matthew S. Taylor et  
 Robert N. Hamilton*, pour l’appelante.

*Bruce E. McLeod*, pour les intimés Ripudaman  
 Singh Malik et Raminder Malik.

*Jaspreet Singh Malik*, en personne.

Version française du jugement de la Cour rendu  
 par

LE JUGE BINNIE —

**I. Introduction**

[1] La question à trancher dans le présent pourvoi  
 est celle de savoir si la Cour suprême de la Colombie-  
 Britannique a commis une erreur en délivrant une  
 ordonnance *Anton Piller* pour permettre au gouver-  
 nement provincial (« la province ») d’effectuer une

belief” affidavit. The Province sought this interlocutory order in connection with its action against the respondents alleging debt, breach of contract, conspiracy, and fraud. It is seeking reimbursement of more than \$5.2 million it paid to fund the respondent Ripudaman Singh Malik’s defence in the Air India bombing trial, in which Mr. Malik and a co-accused were acquitted. The other respondents are Mr. Malik’s wife Raminder, and their son Jaspreet Singh Malik (“Jaspreet”), a Vancouver lawyer.

[2] In granting the *Anton Piller* order to search the business and residential properties of the respondents for evidence that they helped conceal Mr. Malik’s assets, and a *Mareva* injunction to freeze their existing assets, the chambers judge relied in part on facts found against the Malik family in prior judicial proceedings brought by Mr. Malik to obtain non-repayable provincial funding for his defence. Mr. Malik’s *Rowbotham* application had been rejected on the basis that “Mr. Malik remains a multimillionaire despite leading evidence to suggest his net worth is zero” (2003 BCSC 1439, 111 C.R.R. (2d) 40, at para. 71).

[3] The current proceedings are still at the interlocutory stage. The seizure of documents has occurred but the documents are in the control of the independent solicitor and have not been seen by the Province. The British Columbia Court of Appeal set aside the *Anton Piller* order and limited the *Mareva* injunction to Mr. Malik himself (2009 BCCA 201, 92 B.C.L.R. (4th) 78). The Province appeals only the refusal of the *Anton Piller* order to this Court.

[4] The procedural question that divided the courts below is whether a Superior Court judge

« perquisition privée » dans des locaux appartenant aux intimés sur la base d’un affidavit « fait sur la foi de renseignements tenus pour véridiques ». La province avait demandé cette ordonnance interlocutoire dans le cadre d’une action intentée par elle contre les intimés, dans laquelle elle allègue une dette, une violation de contrat, un complot et une fraude. Elle réclame le remboursement d’une somme de plus de 5,2 millions de dollars versée pour financer la défense de l’intimé Ripudaman Singh Malik dans le procès relatif à l’attentat d’Air India, à l’issue duquel M. Malik et un coaccusé ont été acquittés. Les autres intimés sont l’épouse de M. Malik, Raminder, et leur fils Jaspreet Singh Malik (« Jaspreet »), un avocat de Vancouver.

[2] Pour accorder l’ordonnance *Anton Piller* relative à des perquisitions dans des locaux commerciaux et résidentiels des intimés à la recherche d’éléments de preuve indiquant qu’ils avaient aidé à dissimuler des actifs de M. Malik, ainsi qu’une injonction *Mareva* autorisant le gel de leurs actifs, le juge siégeant en cabinet s’est fondé en partie sur des faits défavorables à la famille Malik constatés dans le cadre de procédures judiciaires antérieures engagées par M. Malik en vue d’obtenir de la province un financement non remboursable lui permettant d’assurer sa défense. La demande d’une ordonnance de type *Rowbotham* (la « demande *Rowbotham* ») présentée par M. Malik avait été rejetée au motif que [TRADUCTION] « M. Malik est toujours un multimillionnaire, même s’il a tenté de prouver que la valeur nette de ses avoirs est égale à zéro » (2003 BCSC 1439, 111 C.R.R. (2d) 40, par. 71).

[3] Les procédures en l’espèce en sont encore à l’étape interlocutoire. Les documents saisis sont entre les mains de l’avocat indépendant et la province ne les a pas encore vus. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a annulé l’ordonnance *Anton Piller* et a restreint l’injonction *Mareva* à M. Malik lui-même (2009 BCCA 201, 92 B.C.L.R. (4th) 78). La province interjette appel à notre Cour uniquement à l’égard du refus de l’ordonnance *Anton Piller*.

[4] La question de procédure qui a divisé les tribunaux de juridiction inférieure est celle de savoir si

hearing an *ex parte* application for an interlocutory order may admit into evidence the findings and conclusions of a prior judicial decision (here the *Rowbotham* proceeding between Mr. Malik and the Province) or whether, as the Court of Appeal held, the prior decision was *not* admissible to prove the truth of its contents *unless* the Province could establish that the respondents were precluded by issue estoppel or abuse of process from relitigating the facts thus adduced. On that basis the Court of Appeal permitted only three “facts” to be extracted from the *Rowbotham* judgment, namely “that Mr. Malik could look to his own assets to raise funds, that Mr. Malik could look to the income and assets of his family to fund his defence costs because their assets were fused and that, as a result, Mr. Malik had the means to pay for, or make a contribution towards, his defence costs” (para. 63). On the record thus truncated the Court of Appeal held that there was insufficient admissible evidence to justify the *Anton Piller* order.

[5] An *Anton Piller* order is an exceptional remedy and should only be granted on clear and convincing evidence. It is a highly intrusive measure that, unless sparingly granted and closely controlled, is capable of causing great prejudice and potentially irremediable loss. The fact the Province was the applicant here conferred no special Crown privilege or priority. The Province comes before the Court as an ordinary civil litigant and its application should be judged by the same rules as any other litigant, as should be the merits of the position taken by the Malik family respondents.

[6] Nevertheless, I believe that the Court of Appeal was wrong to insist that the same series of financial transactions as had been exhaustively reviewed on the *Rowbotham* application had to be, in effect, tried *de novo* and *ex parte* by the chambers judge as if the *Rowbotham* proceedings had

un juge de la Cour supérieure saisi d'une demande d'ordonnance interlocutoire présentée *ex parte* peut recevoir en preuve les conclusions d'une décision judiciaire antérieure — en l'espèce, la demande *Rowbotham* opposant M. Malik et la province — ou si, comme l'a conclu la Cour d'appel, la décision antérieure *n'était pas* recevable pour établir la véracité de son contenu *à moins que* la province soit en mesure d'établir que les intimés ne pouvaient, en raison de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ou de l'abus de procédure, débattre de nouveau les faits ainsi présentés. La Cour d'appel a donc permis que seuls trois « faits » soient dégagés du jugement sur la demande *Rowbotham*, soit [TRADUCTION] « que M. Malik pouvait puiser dans ses propres actifs pour se procurer des fonds, que M. Malik pouvait puiser dans les revenus et les actifs de sa famille pour financer les frais de sa défense parce que leurs actifs étaient fusionnés, et que M. Malik avait de ce fait les moyens de payer les frais de sa défense ou d'y contribuer » (par. 63). En se fondant sur un dossier ainsi tronqué, la Cour d'appel a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve recevables pour justifier l'ordonnance *Anton Piller*.

[5] L'ordonnance *Anton Piller* est une mesure exceptionnelle qui devrait être accordée seulement si la preuve est claire et convaincante. Cette ordonnance constitue une mesure hautement intrusive et, si elle n'est pas accordée avec modération ni soumise à des contrôles serrés, elle est susceptible de causer d'importants préjudices et des pertes irrémediables. Le fait que la province soit la demanderesse ne lui confère aucune priorité ni aucun privilège de la Couronne. La province se présente devant le tribunal en tant que plaideur civil ordinaire et sa demande doit être jugée selon les mêmes règles que pour tout autre plaideur, tout comme le bien-fondé de la position adoptée par les intimés de la famille Malik.

[6] La Cour d'appel a malgré tout eu tort, selon moi, de considérer que la série d'opérations financières ayant fait l'objet d'un examen approfondi dans le cadre de la demande *Rowbotham* devait être de fait jugée de nouveau et *ex parte* par le juge siégeant en cabinet, comme si, mis à part les

never taken place, apart from the three “facts”. These facts, as the Court of Appeal held, shed little light on what the chambers judge had to decide here.

[7] In my view, for the reasons that follow, a judgment in a prior civil or criminal case is admissible (if considered relevant by the chambers judge) as evidence in subsequent interlocutory proceedings as proof of its findings and conclusions, provided the parties are the same or were themselves participants in the prior proceedings on similar or related issues. It will be for that judge to assess its weight. The prejudiced party or parties will have an opportunity to lead evidence to contradict it or lessen its weight (unless precluded from doing so by the doctrines of *res judicata*, issue estoppel or abuse of process).

[8] On the interlocutory record thus considered admissible, the *Anton Piller* order was properly granted, in my view. The chambers judge was entitled to evaluate, as with any affidavit based on information and belief, the reliability and probative value of the sources relied on by the affiant. The chambers judge was entitled to have regard to the judgment of Stromberg-Stein J. in the *Rowbotham* proceedings brought by Mr. Malik himself — a contested hearing in which he and members of his family gave evidence and examined witnesses. This was permissible provided of course that the chambers judge himself, taking into account the whole of the interlocutory record, made the factual and legal determinations necessary to issue or to decline to issue the order. It is evident in this case from his reasons that the chambers judge made up his own mind and, in my view, it was open to him on the whole of the interlocutory record to issue the *Anton Piller* order *ex parte*.

trois « faits », l’audition de la demande *Rowbotham* n’avait jamais eu lieu. Ces faits, comme l’a estimé la Cour d’appel, n’éclairaient pas beaucoup la question sur laquelle le juge siégeant en cabinet devait statuer en l’espèce.

[7] Pour les motifs exposés ci-après, je suis d’avis qu’un jugement rendu dans une affaire civile ou criminelle antérieure est — si le juge siégeant en cabinet le considère pertinent — admissible en preuve dans des procédures interlocutoires subséquentes et fait foi de ses conclusions, dès lors que les parties sont les mêmes ou qu’elles ont pris part à une instance antérieure concernant les mêmes questions ou des questions connexes. Il appartiendra à ce juge d’en apprécier la portée. La partie ou les parties subissant un préjudice auront la possibilité de présenter des éléments de preuve en vue de contredire ce jugement ou d’en atténuer la portée (à moins que les règles relatives à la *res judicata*, à la préclusion découlant d’une question déjà tranchée ou à l’abus de procédure les en empêchent).

[8] L’ordonnance *Anton Piller* a été accordée légitimement selon moi, d’après le dossier interlocutoire ainsi tenu pour admissible. Le juge siégeant en cabinet pouvait évaluer, comme pour tout affidavit fait sur la foi de renseignements tenus pour véridiques, la fiabilité et la force probante des sources sur lesquelles se fondait le souscripteur de l’affidavit. Il pouvait aussi tenir compte du jugement rendu par la juge Stromberg-Stein sur la demande *Rowbotham* introduite par M. Malik lui-même — à l’issue d’une audition contestée au cours de laquelle lui et des membres de sa famille ont témoigné et interrogé des témoins. Le juge siégeant en cabinet pouvait le faire à la condition bien sûr que lui-même, prenant en considération l’ensemble du dossier de la demande interlocutoire, statue sur les questions de fait et de droit qu’il lui fallait trancher pour être en mesure de délivrer ou de refuser l’ordonnance. En l’espèce, il ressort de façon évidente de ses motifs que le juge siégeant en cabinet s’est fait sa propre idée et il lui était loisible à mon avis, en se fondant sur l’ensemble du dossier interlocutoire, de délivrer *ex parte* l’ordonnance *Anton Piller*.

[9] It was also of course open to Mr. Malik or his wife and Jaspreet to challenge any of the “Rowbotham facts” when they brought before the chambers judge their application to set aside the *Mareva* injunction and the *Anton Piller* orders. They did lead some evidence, but their evidence did not relate to the financial transactions said to demonstrate the manipulation of family assets that lay at the heart of the *ex parte* orders. The chambers judge was entitled to take into account this lack of any contest in affirming his *ex parte* orders and dismissing the respondents’ review application. I would therefore allow the appeal.

## II. Facts

[10] On October 27, 2000, Mr. Malik and a co-accused were charged with multiple counts of murder arising out of bomb explosions on Air India flight 182, which was blown out of the air off the coast of Ireland on June 23, 1985, and a second bomb that exploded on the same date at Narita Airport, Japan, which killed two baggage handlers. Mr. Malik’s criminal trial commenced April 28, 2003 and continued for almost two years. In December 2000, Mr. Malik applied for bail. At the time it was in his interest to show that he was a man of substance. He filed evidence that he and his wife had a net worth of over \$11 million. Less than a year later, claiming to be without resources to pay for his own defence, Mr. Malik sought government funding.

### A. *The Provincial Funding Agreements*

[11] Public money was made available to Mr. Malik under a series of funding agreements with the Province. The “Indemnity Agreement”, dated March 21, 2002, contained an acknowledgment that Mr. Malik was not entitled to funding unless he committed all of his resources to his defence, and covenanted not to encumber his assets. The Indemnity Agreement was replaced a few months later by the “Defence Counsel Agreement”, dated

[9] Il était également loisible bien sûr à M. Malik ou à son épouse et à Jaspreet de contester les « faits *Rowbotham* » lorsqu’ils ont soumis au juge siégeant en cabinet leur requête en annulation de l’injonction *Mareva* et des ordonnances *Anton Piller*. Ils ont certes présenté certains éléments de preuve, mais ceux-ci ne concernaient pas les opérations financières dont il était allégué qu’elles démontreraient la manipulation d’actifs familiaux au centre des ordonnances *ex parte*. Le juge siégeant en cabinet était en droit de tenir compte de cette totale absence de contestation pour confirmer ses ordonnances *ex parte* et rejeter la demande de réexamen présentée par les intimés. Je suis par conséquent d’avis d’accueillir le pourvoi.

## II. Les faits

[10] Le 27 octobre 2000, M. Malik et un coaccusé ont été inculpés de multiples chefs de meurtre découlant de l’attentat à la bombe ayant détruit en plein vol au large des côtes irlandaises, le 23 juin 1985, un appareil assurant le vol 182 d’Air India, et de l’explosion d’une deuxième bombe le même jour à l’aéroport de Narita, au Japon, qui a tué deux bagagistes. Le procès criminel de M. Malik a débuté le 28 avril 2003 et a duré presque deux ans. En décembre 2000, M. Malik a demandé sa mise en liberté sous caution. À l’époque, il avait intérêt à montrer qu’il était un homme fortuné. Il a déposé des éléments de preuve selon lesquels la valeur nette de ses avoirs et de ceux de son épouse dépassait les 11 millions de dollars. Moins d’un an plus tard, affirmant ne pas avoir les moyens nécessaires pour payer sa propre défense, M. Malik demandait un financement gouvernemental.

### A. *Les ententes de financement par la province*

[11] Des fonds publics ont été mis à la disposition de M. Malik en vertu d’une série d’ententes de financement conclues avec la province. L’entente relative à la garantie intitulée « *Indemnity Agreement* », datée du 21 mars 2002, stipulait que M. Malik n’avait pas droit au financement à moins d’avoir affecté la totalité de ses ressources à sa défense et de s’engager à ne pas grever ses actifs. Cette entente a été remplacée quelques mois plus tard

August 6, 2002, which contained similar provisions but provided as well that Mr. Malik would transfer all his assets to the Province and for that purpose would assist in the identification of those assets. The Province's claim for approximately \$5.2 million relates to funds paid out under the August 6, 2002 agreement.

[12] In January 2003, being of the view that Mr. Malik was not living up to his undertakings, the Province notified him that it would terminate his defence funding unless he executed an indemnity. Mr. Malik refused to do so unless he could obtain a *Rowbotham* funding order under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[13] On May 14-15, 2003, Tysoe J., then of the Supreme Court of British Columbia, ordered Mr. Malik to provide financial disclosure. Some disclosure was made, but not to the Province's satisfaction.

#### B. *The Rowbotham Application*

[14] In August 2003, Mr. Malik brought an application seeking relief pursuant to the decision in *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), seeking to compel the Province to provide funding or to stay the criminal proceedings. The other respondents provided supportive testimony.

[15] On September 19, 2003, the applications judge, Stromberg-Stein J., held that Mr. Malik had not demonstrated that he was financially eligible for funding and dismissed his application. As stated, she found that "Mr. Malik remains a multimillionaire despite leading evidence to suggest his net worth is zero" (para. 71). In particular, she held:

The assets of Mr. Malik and his family are so interconnected as to be fused. The Malik family has conducted its affairs such that all assets were jointly held

par une entente relative aux avocats de la défense intitulée « *Defense Counsel Agreement* », datée du 6 août 2002, qui renfermait des clauses semblables mais stipulait aussi que M. Malik céderait tous ses actifs à la province et qu'il prêterait à cette fin son concours à l'identification de ces actifs. La somme de quelque 5,2 millions de dollars réclamée par la province a trait à des fonds versés en vertu de l'entente du 6 août 2002.

[12] En janvier 2003, la province, estimant que M. Malik manquait à ses engagements, l'a avisé qu'elle mettrait fin au financement de sa défense à moins qu'il ne signe une entente d'indemnisation. M. Malik a refusé de le faire à moins de pouvoir obtenir une ordonnance de financement de type *Rowbotham* en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[13] Les 14 et 15 mai 2003, le juge Tysoe, qui siégeait alors à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a ordonné à M. Malik de fournir un état de sa situation financière. M. Malik a fourni certains renseignements à ce sujet, mais la province ne les a pas jugé suffisants.

#### B. *La demande Rowbotham*

[14] En août 2003, M. Malik a présenté une demande fondée sur la décision *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), par laquelle il voulait contraindre la province à lui verser des fonds ou à mettre fin aux procédures criminelles. Les autres intimés ont témoigné à l'appui de sa demande.

[15] Le 19 septembre 2003, la juge des requêtes Stromberg-Stein a rejeté cette demande, estimant que M. Malik n'avait pas démontré son admissibilité financière à un financement. Je le rappelle, elle a conclu que [TRADUCTION] « M. Malik est toujours un multimillionnaire, même s'il a tenté de prouver que la valeur nette de ses avoirs est égale à zéro » (par. 71). Elle a notamment apporté les prévisions suivantes :

[TRADUCTION] Les actifs de M. Malik et de sa famille sont liés les uns aux autres au point d'être fusionnés. La famille Malik a géré ses affaires de telle

for the benefit of all. Assets and income are pooled for one common enterprise. Title is meaningless. [para. 25]

[Further,] Mr. Malik was, and still remains the patriarch of the Malik family which operated as a single financial entity. Mr. Malik jointly owns with his wife two businesses that gross millions each year. He and his wife jointly own millions in real estate, although there is little equity because it is heavily mortgaged. [para. 31]

The legitimacy of Mr. Malik's claims that he owes more than \$1 million to family members is questionable. The claims are imprecise, none were documented until after Mr. Malik's arrest, and there is no proper proof of legitimacy. [para. 72]

[16] In summary, Stromberg-Stein J. concluded, "[t]he evidence shows that Mr. Malik and his family have tried to arrange his financial and business affairs to minimize the value of his estate, to render him insolvent, and to therefore limit the amount of his contribution, or to eliminate that obligation entirely" (para. 82).

[17] In support of these conclusions Stromberg-Stein J. made a number of findings of fact regarding the Malik family finances (the "*Rowbotham* facts"). It is the attempted use in the *Anton Piller* proceedings of the *Rowbotham* findings and conclusions that lies at the heart of this appeal.

### C. *The "Rowbotham Facts"*

[18] The findings of Stromberg-Stein J. that informed the belief of Mr. Gordon Houston, who filed the Province's principal affidavit on the interlocutory motions, were summarized by the chambers judge as follows:

At his bail hearing in December, 2000, a Personal Net Worth Statement was filed on behalf of Mr. and Mrs. Malik indicating a net worth of \$11,648,439.85 [p. 3, para. 5];

manière que tous les actifs étaient détenus conjointement pour le bénéfice de tous. Les actifs et les revenus sont mis en commun pour une même entreprise commune. Le titre de propriété ne signifie rien. [par. 25]

[En outre,] M. Malik était et est toujours le patriarche de la famille Malik, qui fonctionnait comme une seule et même entité financière. M. Malik possède conjointement avec son épouse deux entreprises qui génèrent chaque année des millions en recettes brutes. Son épouse et lui possèdent ensemble des biens immobiliers valant des millions, mais dont la valeur nette réelle n'est pas élevée parce qu'ils sont lourdement hypothéqués. [par. 31]

M. Malik prétend devoir plus d'un million de dollars à des membres de sa famille mais la légitimité de ses dires est douteuse. Ses affirmations sont imprécises, aucune n'a été documentée avant l'arrestation de M. Malik et il n'existe pas de preuve adéquate de légitimité. [par. 72]

[16] En résumé, la juge Stromberg-Stein a conclu que [TRADUCTION] « [I]a preuve montre que M. Malik et sa famille ont essayé d'organiser ses affaires financières et commerciales de façon à minimiser la valeur de son patrimoine, à le rendre lui-même insolvable et à limiter ainsi le montant de sa contribution, ou à éliminer totalement cette obligation » (par. 82).

[17] À l'appui de ces conclusions, la juge Stromberg-Stein a énoncé plusieurs conclusions de fait touchant les finances de la famille Malik (les « faits *Rowbotham* »). C'est la tentative un vue d'utiliser, dans la demande d'ordonnance *Anton Piller*, les conclusions du jugement sur la demande *Rowbotham* qui se trouve au centre du présent pourvoi.

### C. *Les « faits Rowbotham »*

[18] Les conclusions de la juge Stromberg-Stein sur lesquelles s'est fondé M. Gordon Houston, souscripteur du principal affidavit produit par la province dans le cadre des requêtes interlocutoires, ont été résumées de la façon suivante par le juge siégeant en cabinet :

[TRADUCTION] Lors de l'enquête sur remise en liberté provisoire en décembre 2000, un état de la valeur nette personnelle indiquant une valeur nette de 11 648 439,85 \$ a été déposé au nom de M. et M<sup>me</sup> Malik [p. 3, par. 5];



In November, 2001, Mr. Malik approached the AG to fund his defence and asserted that he had assets but those assets were not in cash form and liquidating them would require time [p. 4, para. 6];

In February, 2002, negotiations between Mr. Malik's counsel and the AG led to an interim funding agreement [p. 4, para. 6];

The funding agreement was entered into so funding could commence immediately and the AG advanced funds in good faith based on Mr. Malik's representations [p. 4, para. 7];

Subsequently, Mr. Malik claimed he was insolvent because his assets were insufficient to discharge his liabilities, including debt owed to unsecured creditors who were all family member [p. 5, para. 10];

The evidence establishes a collective effort by Mr. Malik and the Malik family members to diminish the value of his estate [p. 10, para. 21];

The assets of Mr. Malik and his family are so interconnected as to be fused. The Malik family has conducted its affairs such that all assets were jointly held for the benefit of all. Assets and income are pooled for one common enterprise [p. 16, para. 25];

Title to the Marguerite Street home is in Mrs. Malik's name alone. The land was purchased and the home constructed from joint funds. The Maliks shared all expenses [p. 19, para. 35];

It appears that since Mr. Malik's arrest, Papillon's annual earnings dropped from \$4 million to \$2.5 million per year [p. 22, para. 42];

Regarding property in India, the Maliks provided numerous contradictory explanations concerning both the value and the ownership of this property [p. 23, para. 45];

Regarding the allegation that Gurdip Malik loaned Mr. Malik \$330,000 US, the evidence shows these funds were received from Gurdip Malik's company, Papillon Eastern Imports Ltd. in Los Angeles, and used to pay business and personal expenses, and to reduce the line of credit [p. 24, para. 48];

En novembre 2001, M. Malik est entré en contact avec le PG en vue du financement de sa défense et a affirmé qu'il avait des actifs mais que ceux-ci n'étaient pas liquides et que leur liquidation prendrait du temps [p. 4, par. 6];

En février 2002, des négociations entre les avocats de M. Malik et le PG ont abouti à une entente de financement provisoire [p. 4, par. 6];

L'entente de financement a été conclue, si bien que le financement pouvait commencer immédiatement et le PG a avancé les fonds de bonne foi, en se fondant sur les déclarations de M. Malik [p. 4, par. 7];

Par la suite, M. Malik a prétendu être insolvable parce que ses actifs n'étaient pas suffisants pour qu'il puisse acquitter ses dettes, y compris ses dettes envers des créanciers non garantis qui étaient tous des membres de sa famille [p. 5, par. 10];

La preuve établit l'existence d'un effort collectif, de la part de M. Malik et des membres de la famille Malik, visant à diminuer la valeur de son patrimoine [p. 10, par. 21];

Les actifs de M. Malik et de sa famille sont liés les uns aux autres au point d'être fusionnés. La famille Malik a géré ses affaires de telle manière que tous les actifs sont détenus conjointement pour le bénéfice de tous. Les actifs et les revenus sont mis en commun pour une même entreprise commune [p. 16, par. 25];

Le titre de propriété de la maison de la rue Marguerite est établi au nom de M<sup>me</sup> Malik seulement. Le terrain a été acquis et la maison a été construite au moyen de fonds communs. Les Malik partageaient toutes les dépenses [p. 19, par. 35];

Il semble que depuis l'arrestation de M. Malik, les bénéfices réalisés par Papillon sont passés de 4 million de dollars à 2,5 millions de dollars par année [p. 22, par. 42];

En ce qui concerne la propriété en Inde, les Malik ont donné de nombreuses explications contradictoires au sujet de sa valeur et de l'identité des propriétaires [p. 23, par. 45];

En ce qui concerne l'allégation selon laquelle Gurdip Malik a prêté à M. Malik la somme de 330 000 \$ US, la preuve montre que ces fonds ont été versés par la société de Gurdip Malik, Papillon Eastern Imports Ltd. à Los Angeles, et ont été utilisés pour payer des dépenses d'affaires et personnelles ainsi que pour diminuer la marge de crédit [p. 24, par. 48];

Jaspreet Malik was instrumental in obtaining and arranging the registration of a security agreement against Mr. Malik's shares in the hotel [p. 25, para. 49];

There is evidence of collusion to secure Gurdip Malik's loan before [the *Rowbotham*] hearing and to reduce Mr. Malik's equity in the hotel [p. 25, para. 50];

There is no record of outstanding wages now claimed [by the Malik children] dating as far back as 1994 up to 1997. No formal records were kept regarding the hours worked by the children [p. 25, para. 51];

Although confusing, the evidence establishes the Maliks never intended to pay their children and the children never contemplated they would be paid [p. 26, para. 53];

Following Mr. Malik's arrest his family continued to transfer, give away and buy luxury vehicles. A 1999 \$108,000 Mercedes, purchased by Mr. Malik with joint funds, was transferred to Mrs. Malik while he was incarcerated. Mrs. Malik elected to repay the car loan before it was due [p. 27, para. 56];

Mrs. Malik gave away her 1998 Land Rover of unknown value [p. 28, para. 57];

Evidence about the purchase of the Lexus is inconsistent and confusing. In March 2001 Hardeep purchased a \$35,000 Lexus with joint funds. He then borrowed that amount and lent it to Khalsa Developments Ltd. The loan was paid off by Khalsa Developments Ltd. [p. 28, para. 58];

Darsham purchased a \$22,000 Chevy Blazer with joint funds in 2003 [p. 28, para. 59];

The Maliks reported charitable donations for the years 1994 to 2000 of \$564,729.97. Of that amount, \$512,612.97 was donated to either Satman Education Society or Satnam Trust, which were headed by Mr. Malik [p. 28, para. 60];

In violation of a court order not to dispose of any assets, \$72,000 from Mr. Malik's income tax refund was placed in a joint account and used to pay business debt. This money was repaid to the Province during this application [p. 29, para. 63];

Jaspreet Malik a joué un rôle-clé dans l'obtention et l'enregistrement d'un contrat de sûreté portant sur les actions de M. Malik dans l'hôtel [p. 25, par. 49];

Il existe des preuves d'une collusion visant à obtenir le prêt à Gurdip Malik avant l'audition [de la demande *Rowbotham*] et à réduire la part de la valeur nette de l'hôtel détenue par M. Malik [p. 25, par. 50];

Il n'existe aucun document faisant état des salaires impayés maintenant réclamés [par les enfants Malik] qui remontent aussi loin que de 1994 à 1997. Aucun registre officiel n'a été tenu à l'égard des heures travaillées par les enfants [p. 25, par. 51];

Même si elle n'est pas très claire, la preuve établit que les Malik n'ont jamais eu l'intention de rémunérer leurs enfants et que ces derniers ne se sont jamais attendus à être rémunérés [p. 26, par. 53];

Après l'arrestation de M. Malik, sa famille a continué de transférer, de donner et d'acheter des véhicules de luxe. Une Mercedes 1999 de 108 000 \$, acquise par M. Malik avec des fonds communs, a été transférée à M<sup>me</sup> Malik pendant qu'il était incarcéré. M<sup>me</sup> Malik a décidé de rembourser avant l'échéance l'emprunt pour l'achat de l'automobile [p. 27, par. 56];

M<sup>me</sup> Malik a donné sa Land Rover 1998 d'une valeur inconnue [p. 28, par. 57];

La preuve relative à l'acquisition de la Lexus est contradictoire et prête à confusion. En mars 2001, Hardeep Malik a fait l'acquisition d'une Lexus de 35 000 \$ avec des fonds communs. Il a ensuite emprunté cette somme et l'a prêtée à Khalsa Developments Ltd. L'emprunt a été remboursé par Khalsa Developments Ltd. [p. 28, par. 58];

En 2003, Darsham a fait l'achat d'un véhicule Chevy Blazer de 22 000 \$ avec des fonds communs [p. 28, par. 59];

Les Malik ont déclaré pour les années 1994 à 2000 des dons de bienfaisance de 564 729,97 \$. De ce montant, une somme de 512 612,97 \$ était destinée soit à la Satman Education Society, soit au Satnam Trust, tous deux dirigés par M. Malik [p. 28, par. 60];

En contravention d'une ordonnance judiciaire interdisant l'aliénation de quelque bien que ce soit, une somme de 72 000 \$ provenant du remboursement d'impôt de M. Malik a été placée dans un compte conjoint et utilisée pour payer une dette commerciale. Cette somme a été remboursée à la province depuis l'introduction de la présente demande [p. 29, par. 63];

About the end of December 2000, the Maliks voluntarily elected to pay a franchise cancellation penalty of \$100,000 when the hotel changed its affiliation from the Quality Inn to the Executive Inn [p. 29, para. 64];

Mr. Malik's agreement to contribute to the cost of his defence, as outlined in the Defence Counsel Agreement is a compelling consideration. Malik failed to liquidate his assets [p. 30, paras. 69-70];

Mr. Malik and Mrs. Malik have manipulated facts to suit their particular needs as evidenced by the representations at the bail hearing about the value of the Malik's assets [p. 31, para. 75];

The evidence shows that Mr. Malik and his family have tried to arrange his financial and business affairs to minimize the value of his estate, to render him insolvent, and to therefore limit the amount of his contribution, or to eliminate that obligation entirely [p. 34, para. 82];

Any perceived cash shortage is artificial and contrived [p. 34, para. 83].

(2008 BCSC 1027, 46 C.B.R. (5th) 41, at para. 43)

[19] In respect of the value and ownership of certain properties in India Stromberg-Stein J. noted that

[a]t the bail hearing Mr. and Mrs. Malik provided affidavits claiming to own property in India valued at \$200,000. Two years later their in-house accountant, Mr. Singh, provided a letter indicating the property was burdened with a tenant who had failed to pay rent. Mr. Malik maintains he does not know whether he owned it, whether he made lease payments, or whether it earned rental income. This is inconsistent, and unlikely behaviour for an astute business person, particularly one looking for a potential source of income. [para. 45]

#### D. *The Payment Agreement*

[20] Following the dismissal of the *Rowbotham* application, the Province and Mr. Malik entered into the "Payment Agreement", dated October 17, 2003, which set out terms for the provision of

Vers la fin du moins de décembre 2000, les Malik ont volontairement choisi de payer une somme de 100 000 \$ à titre d'annulation de franchise lorsque l'hôtel est passé de la chaîne Quality Inn à la chaîne Executive Inn [p. 29, par. 64];

Le fait que M. Malik ait accepté de contribuer au coût de sa défense, de la façon décrite dans l'entente relative aux avocats de la défense, revêt une importance déterminante. M. Malik n'a pas procédé à la liquidation de ses actifs [p. 30, par. 69-70];

M. Malik et M<sup>me</sup> Malik ont manipulé les faits en fonction de leurs besoins particuliers, comme en témoignent les déclarations faites lors de l'enquête sur remise en liberté provisoire quant à la valeur des actifs des Malik [p. 31, par. 75];

La preuve montre que M. Malik et sa famille ont essayé d'organiser ses affaires financières et commerciales de façon à minimiser la valeur de son patrimoine, à le rendre insolvable et à limiter ainsi le montant de sa contribution, ou à éliminer totalement cette obligation [p. 34, par. 82];

Tout manque d'argent liquide est artificiel et découle d'un stratagème [p. 34, par. 83].

(2008 BCSC 1027, 46 C.B.R. (5th) 41, par. 43)

[19] En ce qui a trait à la valeur de certains biens situés en Inde et à l'identité de leur propriétaire, la juge Stromberg-Stein a fait remarquer ce qui suit :

[TRADUCTION] Lors de l'enquête sur remise en liberté provisoire, M. et M<sup>me</sup> Malik ont présenté des affidavits dans lesquels ils affirmaient être propriétaires d'un immeuble en Inde évalué à 200 000 \$. Deux ans plus tard, leur comptable, M. Singh, a fourni une lettre indiquant que la propriété était grevée par un locataire qui n'avait pas payé le loyer. M. Malik affirme ne pas savoir s'il en était propriétaire, s'il faisait des paiements de location ou s'il touchait un revenu de location. Il s'agit d'un comportement incohérent et peu plausible de la part d'un homme d'affaires astucieux, particulièrement lorsqu'il est à la recherche d'une source de revenu potentielle. [par. 45]

#### D. *L'entente relative au paiement*

[20] Après le rejet de la demande *Rowbotham*, la province et M. Malik ont conclu une entente relative au paiement intitulée « *Payment Agreement* », datée du 17 octobre 2003, qui établissait les

future fees and required Mr. Malik to provide security for these fees and to acknowledge his indebtedness to the Province for the sums advanced under the previous agreements.

[21] The Province paid Mr. Malik a total of \$5,200,131 under the Defence Counsel Agreement and \$1,681,526 under the Payment Agreement. The latter has been repaid. However, the Province claims that Mr. Malik has not transferred the assets (alleged to be his at least beneficially) to the Province. The debt of \$5,200,131 under the Defence Counsel Agreement is still outstanding. The Province demanded repayment on December 13, 2005.

[22] In March 2007, Mr. Malik issued a writ against the Province for malicious prosecution. At the time of the Province's application for the *Mareva* injunction and *Anton Piller* order that writ had not been served.

[23] On October 23, 2007, the Province commenced the present action in debt, breach of contract, conspiracy, and fraud against six members of the Malik family and four corporations owned by them. It claims that all these individuals made false statements (mainly concerning debts said to be owed by Mr. Malik to other members of the family) and conspired to conceal Mr. Malik's assets. On the same day the Province applied *ex parte* to obtain an *Anton Piller* order authorizing independent lawyers to enter three business and residential premises to search for and take away any documents or computer files relating to the assets and liabilities of the respondents, including numerous specified documents. The three premises were the home of Mr. Malik and his wife; the law office at which their son Jaspreet practices law; and the office of Papillon Eastern Imports Ltd. (where Jaspreet also previously carried on the practice of law).

conditions relatives au financement des honoraires futurs et obligeait M. Malik à fournir des garanties à l'égard de ces honoraires et à reconnaître sa dette envers la province relativement aux sommes avancées en vertu des ententes précédentes.

[21] La province a versé à M. Malik une somme totale de 5 200 131 \$ en vertu de l'entente relative aux avocats de la défense, et une somme de 1 681 526 \$ en vertu de l'entente relative au paiement. Cette dernière somme a été remboursée. La province soutient toutefois que M. Malik ne lui a pas transféré les actifs (dont il est au moins, selon elle, le propriétaire bénéficiaire). La dette de 5 200 131 \$ contractée dans le cadre de l'entente relative aux avocats de la défense demeure impayée. La province en a réclamé le remboursement le 13 décembre 2005.

[22] En mars 2007, M. Malik a assigné en justice la province pour poursuite abusive. Lorsque la province a demandé l'injonction *Mareva* et l'ordonnance *Anton Piller*, cette assignation n'avait pas été signifiée.

[23] Le 23 octobre 2007, la province a engagé la présente action pour dette, violation de contrat, complot et fraude contre six membres de la famille Malik et quatre sociétés leur appartenant. Elle reproche à ces personnes d'avoir fait de fausses déclarations (concernant principalement des sommes qui seraient dues par M. Malik à d'autres membres de la famille) et d'avoir comploté pour dissimuler des actifs de M. Malik. Le même jour, la province a présenté une demande *ex parte* en vue d'obtenir une ordonnance *Anton Piller* autorisant des avocats indépendants à pénétrer dans trois locaux commerciaux et résidentiels pour y chercher et y saisir tous documents ou fichiers informatiques liés aux actifs et aux dettes des intimés, y compris de nombreux documents désignés. Les locaux en question étaient la résidence de M. Malik et de son épouse, le cabinet d'avocats où leur fils Jaspreet exerce le droit et les bureaux de la société Papillon Eastern Imports Ltd. (où Jaspreet avait également exercé le droit auparavant).

III. Relevant Enactments[24] *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90, r. 51

## Rule 51 — Affidavits

(10) **Contents of affidavit** — An affidavit may state only what a deponent would be permitted to state in evidence at a trial, except that, if the source of the information is given, an affidavit may contain statements as to the deponent's information and belief, if it is made

- (a) in respect of an application for an interlocutory order, or
- (b) by leave of the court under Rule 40(52)(a) or 52(8)(e).

IV. Judicial HistoryA. *Supreme Court of British Columbia (McEwan J.)*, 2008 BCSC 1027, 46 C.B.R. (5th) 41

[25] On the respondents' motion to set aside the *Anton Piller* order and *Mareva* injunction, the Maliks claimed "witness immunity" in respect of their earlier testimony in the *Rowbotham* proceedings. The chambers judge distinguished between the factual findings in the *Rowbotham* proceedings, which he held were admissible to establish a *prima facie* case, and the legal arguments that the Province sought to base on these facts, including issue estoppel and abuse of process. In his view, the latter issues did not need to be decided on the interlocutory application in light of the respondents' decision not to lead evidence to contradict the *Rowbotham* findings:

The facts which the Province outlined in its original [*ex parte*] submissions have not been shown to be materially misleading.

From the perspective of a court assessing the evidence with a view to ensuring that the positions of the

III. Texte réglementaire applicable[24] *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90, règle 51

[TRADUCTION]

## Règle 51 — Affidavits

(10) **Contenu de l'affidavit** — L'affidavit peut énoncer uniquement ce que le déposant serait autorisé à déclarer s'il témoignait dans le cadre d'un procès. Toutefois, si la source de l'information est indiquée, l'affidavit peut comporter des déclarations sur des renseignements tenus pour véridiques par le déposant, à la condition qu'il concerne une demande d'ordonnance interlocutoire ou qu'il soit fait en vertu d'une autorisation donnée par le tribunal en conformité avec la règle 40(52)a) ou la règle 52(8)e).

IV. Décisions des juridictions inférieuresA. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge McEwan)*, 2008 BCSC 1027, 46 C.B.R. (5th) 41

[25] Lors de l'audition de la requête des intimés en annulation de l'ordonnance *Anton Piller* et de l'injonction *Mareva*, les membres de la famille Malik ont invoqué « l'immunité des témoins » relativement à leur témoignage antérieur lors de l'audition de la demande *Rowbotham*. Le juge siégeant en cabinet a fait une distinction entre les constatations de fait contenues dans le jugement sur la demande *Rowbotham*, admissibles selon lui à titre de preuve *prima facie*, et les arguments juridiques que la province entendait invoquer sur la base de ces faits, y compris la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et de l'abus de procédure. À son avis, ces dernières questions n'avaient pas à être tranchées dans le cadre de la requête interlocutoire étant donné la décision des intimés de ne pas présenter des éléments de preuve à l'encontre des conclusions du jugement sur la demande *Rowbotham* :

[TRADUCTION] Il n'a pas été démontré que les faits exposés par la province dans ses arguments initiaux [*ex parte*] comportaient des renseignements trompeurs.

Du point de vue du tribunal qui apprécie la preuve avec le souci de faire en sorte que les positions des

parties are protected until the facts can be determined at trial, arguments about the legal limits of *res judicata* and witness immunity will not defeat a strong fact based *prima facie* case that the defendants have acted in ways that are inconsistent with their contractual and other legal obligations. The allegation that aspects of the defendants' dealings or behaviour have been the subject of a series of adverse rulings in another proceeding, will not, in the absence of material facts demonstrating that the rulings were effectively unfounded or irrelevant, be negated by abstract arguments unattached to actual findings of fact. [paras. 60-61]

[26] Accordingly, the chambers judge affirmed the *Anton Piller* order and the *Mareva* injunction.

B. *Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Frankel and Tysoe J.J.A.)*, 2009 BCCA 201, 92 B.C.L.R. (4th) 78

[27] Tysoe J.A., writing for a unanimous court, set aside the *Anton Piller* order in its entirety and the *Mareva* injunction against all respondents but Mr. Malik. In that court's view, the chambers judge should not have relied on the *Rowbotham* proceedings apart from the three findings already mentioned, namely "that Mr. Malik could look to his own assets to raise funds, that Mr. Malik could look to the income and assets of his family to fund his defence costs because their assets were fused and that, as a result, Mr. Malik had the means to pay for, or make a contribution towards, his defence costs" (para. 63). However, Tysoe J.A. held:

The remaining *Rowbotham* findings were not admissible because the doctrines of issue estoppel and abuse of process do not prevent the defendants from relitigating those facts. [Emphasis added; para. 38.]

[28] In the court's view, the limited admissible *Rowbotham* findings, together with the supplemental facts contained in the affidavits filed by the

parties soient protégées jusqu'à ce que les faits puissent être déterminés au procès, des arguments sur les limites juridiques de la *res judicata* et de l'immunité des témoins ne neutraliseront pas une solide preuve *prima facie* fondée sur des faits selon laquelle les défendeurs ont posé des gestes incompatibles avec leurs obligations contractuelles et autres obligations juridiques. L'allégation suivant laquelle certains aspects des opérations ou du comportement des défendeurs ont fait l'objet d'une série de conclusions défavorables dans le cadre d'une autre procédure ne sera pas neutralisée, en l'absence de faits pertinents démontrant que ces conclusions étaient en réalité non fondées ou non pertinentes, par des arguments abstraits sans lien avec des conclusions de fait tangibles. [par. 60-61]

[26] Le juge siégeant en cabinet a par conséquent confirmé l'ordonnance *Anton Piller* et l'injonction *Mareva*.

B. *Cour d'appel (le juge en chef Finch et les juges Frankel et Tysoe)*, 2009 BCCA 201, 92 B.C.L.R. (4th) 78

[27] Le juge Tysoe, rédigeant l'opinion unanime de la Cour d'appel, a annulé intégralement l'ordonnance *Anton Piller* et annulé l'injonction *Mareva* contre tous les intimés à l'exception de M. Malik. Selon la cour, le juge siégeant en cabinet n'aurait pas dû se fonder sur le jugement sur la demande *Rowbotham* mis à part les trois conclusions de fait déjà mentionnées, à savoir [TRADUCTION] « que M. Malik pouvait puiser dans ses propres actifs pour se procurer des fonds, que M. Malik pouvait puiser dans les revenus et les actifs de sa famille pour financer les frais de sa défense parce que leurs actifs étaient fusionnés, et que M. Malik avait de ce fait les moyens de payer les frais de sa défense ou d'y contribuer » (par. 63). Le juge Tysoe a cependant déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Les autres conclusions du jugement sur la demande *Rowbotham* n'étaient pas admissibles parce que les doctrines de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et de l'abus de procédure n'empêchent pas les défendeurs de contester à nouveau ces faits. [Je souligne; par. 38.]

[28] De l'avis de la Cour d'appel, les conclusions limitées du jugement sur la demande *Rowbotham* qui étaient admissibles, jointes aux

Province, did not establish a strong *prima facie* case of fraud or a real risk of dissipation of assets by the Malik family. The appeals were therefore allowed. As stated, only the *Anton Piller* order is in issue before this Court.

## V. Analysis

[29] An *Anton Piller* order is, as our Court emphasized in *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, 2006 SCC 36, [2006] 2 S.C.R. 189, a thoroughly “draconian” measure equivalent to a private search warrant reserved for “exceptional circumstances” (para. 30) where “unscrupulous defendants” may if forewarned make “relevant evidence disappear” (para. 32). Accordingly:

There are four essential conditions for the making of an *Anton Piller* order. First, the plaintiff must demonstrate a strong *prima facie* case. Second, the damage to the plaintiff of the defendant’s alleged misconduct, potential or actual, must be very serious. Third, there must be convincing evidence that the defendant has in its possession incriminating documents or things, and fourthly it must be shown that there is a real possibility that the defendant may destroy such material before the discovery process can do its work . . . [para. 35]

It bears repeating that the Province enjoys no special status in this application. It appears as a civil litigant and is to be treated no differently than any other applicant for an *Anton Piller* order.

[30] The Province’s argument is that this is a case of “exceptional circumstances” because Mr. Malik and other members of his family have, over a period of 8 years, misrepresented his net worth and conspired to move assets around within the family to create the appearance that Mr. Malik is without financial resources. It alleges that Mr. Malik breached his undertakings in the Indemnity Agreement of March 21, 2002 not to encumber

faits supplémentaires contenus dans les affidavits déposés par la province, ne constituaient pas une preuve *prima facie* solide de fraude ou de risque réel de dilapidation des actifs par la famille Malik. Les appels ont donc été accueillis. Je rappelle que seule l’ordonnance *Anton Piller* est en cause dans le cadre du pourvoi dont est saisie notre Cour.

## V. Analyse

[29] Comme l’a souligné la Cour dans *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189, une ordonnance *Anton Piller* constitue une mesure tout à fait « draconienne » équivalente à un mandat de perquisition privé, réservée aux cas « exceptionnels » (par. 30) dans lesquels des « défendeurs sans scrupules » pourraient profiter d’un préavis pour « fai[re] disparaître des éléments de preuve pertinents » (par. 32). Pour cette raison :

Quatre conditions doivent être remplies pour donner ouverture à une ordonnance *Anton Piller*. Premièrement, le demandeur doit présenter une preuve *prima facie* solide. Deuxièmement, le préjudice causé ou risquant d’être causé au demandeur par l’inconduite présumée du défendeur doit être très grave. Troisièmement, il doit y avoir une preuve convaincante que le défendeur a en sa possession des documents ou des objets incriminants, et quatrièmement, il faut démontrer qu’il est réellement possible que le défendeur détruise ces pièces avant que le processus de communication préalable puisse être amorcé . . . [par. 35]

Il convient de répéter que la province ne jouit d’aucun statut particulier dans le cadre de cette demande. Elle se présente en qualité de plaideur civil et ne doit pas être traité différemment d’un autre plaideur qui demande une ordonnance *Anton Piller*.

[30] Selon l’argument invoqué par la province, il s’agit d’un cas « exceptionnel » parce que M. Malik et des membres de sa famille ont, pendant une période de 8 années, présenté de façon inexacte la valeur nette des avoirs de M. Malik et ont comploté pour transférer des biens au sein de la famille afin de donner l’impression que M. Malik est financièrement démuné. La province plaide que M. Malik a manqué à son engagement de ne pas grever ses

his assets. Nor, according to the Province, did Mr. Malik respect the undertaking in the Defence Counsel Agreement of August 6, 2002 to identify and transfer assets to the Province. Although at his bail hearing in December 2000, a Personal Net Worth Statement was filed on behalf of Mr. and Mrs. Malik indicating a net worth of \$11,648,439.85, Mr. Malik took the position at his *Rowbotham* application in August 2003 that he was unable to contribute anything to his own defence. Stromberg-Stein J. rejected this claim on the basis of detailed factual findings in respect of intra-family transactions. The Province alleges that the *Rowbotham* application itself was an act in furtherance of the family conspiracy. The Province claims the Malik respondents, given their track record, cannot be trusted to produce relevant documents in the ordinary way. In the absence of an *Anton Piller* order “there is a real possibility that the defendant[s] may destroy such material before the discovery process can do its work” (*Celanese Canada*, at para. 35).

[31] An issue was raised in the court below whether *Anton Piller* orders were available in British Columbia to preserve evidence relevant to a dispute as opposed to preserving property that is the subject matter of the dispute. *Celanese Canada* was an appeal from Ontario, and a difference was noted in wording between r. 46(1) of the British Columbia *Supreme Court Rules*, which deals with preservation of “property that is the subject matter of a proceeding or as to which a question may arise”, and r. 45.01 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, which deals somewhat more broadly with the preservation of “property in question in a proceeding or relevant to an issue in a proceeding”. I agree with Tysoe J.A. that *Anton Piller* orders for the preservation of evidence are available in British Columbia under the inherent jurisdiction of the Superior Court, which indeed is the source identified by Lord Denning in the eponymous case of *Anton*

biens, pris dans l’entente relative à la garantie du 21 mars 2002. Selon la province, M. Malik n’a pas non plus respecté son engagement, pris dans l’entente relative aux avocats de la défense du 6 août 2002, d’identifier et de transférer des actifs à la province. Alors qu’à l’enquête sur remise en liberté provisoire tenue en décembre 2000, un état de la valeur nette personnelle indiquant des actifs d’une valeur nette de 11 648 439,85 \$ a été produit au nom de M. et M<sup>me</sup> Malik, M. Malik a déclaré, à l’audition de la demande *Rowbotham* en août 2003, qu’il était incapable de payer quoi que ce soit pour sa propre défense. La juge Stromberg-Stein a rejeté cette affirmation en se fondant sur les conclusions de fait détaillées relatives à des opérations faites au sein de la famille. La province soutient que la demande *Rowbotham* constituait elle-même un geste concourant au complot familial. Elle prétend que l’on ne peut pas compter sur les intimés Malik, vu leur comportement passé, pour qu’ils produisent les documents pertinents de la façon habituelle. Sans une ordonnance *Anton Piller*, « il est réellement possible que le[s] défendeur[s] détruise[nt] ces pièces avant que le processus de communication préalable puisse être amorcé » (*Celanese Canada*, par. 35).

[31] La Cour d’appel a été saisie de la question de savoir s’il était possible en Colombie-Britannique d’obtenir une ordonnance *Anton Piller* afin de préserver des éléments de preuve concernant un litige plutôt que de préserver les biens qui sont l’objet du litige. Dans *Celanese Canada*, le pourvoi provenait de l’Ontario, et l’on a relevé une différence de formulation entre le par. 46(1) des règles de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, où il est question de la conservation d’un [TRADUCTION] « bien qui est l’objet d’une instance ou à l’égard duquel une question peut être soulevée », et l’art. 45.01 des *Règles de procédure civile* de l’Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, qui traite de façon un peu plus générale de la conservation des « biens en cause dans une instance ou se rapportant à une question en litige dans une instance ». Je suis d’accord avec le juge Tysoe pour conclure qu’il est possible en Colombie-Britannique d’obtenir une ordonnance *Anton Piller* en vue de la conservation d’éléments



*Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] 1 Ch. 55 (C.A.), and endorsed in *Yousif v. Salama*, [1980] 3 All E.R. 405 (C.A.). Accordingly, the particular wording of British Columbia's r. 46(1) does not assist the respondents.

#### A. *The Evidentiary Record*

[32] The issue on this appeal is whether the plaintiff (the Province) adduced sufficient admissible evidence on which the chambers judge could make the necessary findings on a balance of probabilities. The Province was required to show that it had a strong *prima facie* case and that absent such an order, there was a real possibility that relevant evidence would be destroyed or made to disappear: *Celanese Canada*, at para. 1. I agree with the respondents that if the Province failed to adduce sufficient admissible evidence at the *ex parte* hearing to justify the orders there was no obligation on them to adduce any evidence at all at the hearing before the chambers judge to set aside the *ex parte* orders.

[33] The Province's principal affiant in the *Anton Piller* application, Mr. Gordon Houston, based his information and belief respecting the material facts largely (though not entirely) on the findings of Stromberg-Stein J. in the *Rowbotham* proceedings. However, Mr. Houston also included additional evidence concerning property dealings subsequent to the *Rowbotham* application with the Malik family home (6475 Marguerite Street), commercial properties in Vancouver belonging to the Maliks, and further details of a summary judgment motion for \$330,000 allegedly orchestrated by Jaspreet against his father at the suit of Mr. Malik's brother, Gurdip Malik, intended (the Province alleges) to reduce artificially Mr. Malik's net worth just prior to the *Rowbotham* application. In the result, based on Mr. Houston's "review of the file, the Malik family's actions leading up to the *Rowbotham* hearing, the

de preuve en vertu de la compétence inhérente de la Cour supérieure, qui constitue du reste la source mentionnée par lord Denning dans la décision éponyme *Anton Piller KG c. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976] 1 Ch. 55 (C.A.), et approuvée dans *Yousif c. Salama*, [1980] 3 All E.R. 405 (C.A.). C'est pourquoi la formulation particulière du par. 46(1) des règles de la Colombie-Britannique n'aide pas les intimés.

#### A. *La preuve au dossier*

[32] La question à trancher dans le présent pourvoi est celle de savoir si la demanderesse (la province) a présenté des preuves admissibles suffisantes pour que le juge siégeant en cabinet puisse dégager les conclusions nécessaires selon la prépondérance des probabilités. La province devait démontrer qu'elle disposait d'une preuve *prima facie* solide et qu'il y avait tout lieu de croire qu'à défaut de cette ordonnance, des éléments de preuve pertinents risquaient d'être détruits ou supprimés : *Celanese Canada*, par. 1. Je suis d'accord avec les intimés pour dire que si la province n'a pas présenté à l'audition *ex parte* des preuves admissibles suffisantes pour justifier les ordonnances, ils n'étaient tenus de présenter aucune preuve à l'audition, tenue devant le juge siégeant en cabinet, de la demande d'annulation de l'ordonnance rendue *ex parte*.

[33] Le principal déposant de la province dans le cadre de la demande *Anton Piller*, M. Gordon Houston, a souscrit son affidavit, en ce qui concerne les faits pertinents, dans une large mesure (mais pas entièrement) sur la foi de renseignements qu'il tenait pour véridiques en raison des conclusions de la juge Stromberg-Stein dans son jugement sur la demande *Rowbotham*. Mais M. Houston a ajouté des éléments de preuve additionnels relatifs à des opérations postérieures à la demande *Rowbotham* ayant trait à la résidence de la famille Malik (située au 6475, rue Marguerite), à des propriétés commerciales à Vancouver appartenant aux Malik, et d'autres détails ayant trait à une requête en jugement sommaire d'un montant de 330 000 \$, qui aurait été orchestrée par Jaspreet contre son père à la demande du frère de M. Malik, Gurdip Malik, en vue (selon la province) de réduire artificiellement la

Reasons for Judgment of Stromberg-Stein J., and the Malik family's property dealings subsequent to the execution of the Payment Agreement", he testified as to his belief that "the financial disclosure made by Mr. Malik was neither complete nor accurate" and that "there is a significant risk that evidence relevant to the Province's claims in this action may disappear if an Anton Piller Order is not obtained".

[34] I agree with Tysoe J.A. that if the *Rowbotham* judgment is admissible only in respect of the three "facts" previously noted, the *Anton Piller* order cannot stand.

[35] One of the problems that confronted the courts below was that the Province initially put forward the extravagant position that the "*Rowbotham* facts" not only constituted *prima facie* evidence that informed its deponents' information and belief, but were conclusive and binding, not only on Mr. Malik — the applicant in the *Rowbotham* application — but on all the other members of the Malik family and their related corporations named as defendants in the present action — by reason of the doctrines of issue estoppel and abuse of process. In my view, the issue of admissibility is separate and distinct from whether, once admitted, the *Rowbotham* findings were conclusive and binding.

[36] The chambers judge accepted the *Rowbotham* findings as *prima facie* proof of their content, and noted that while Mr. and Mrs. Malik and Jaspreet led evidence at the hearing to set aside the *ex parte* orders, none of this evidence disputed the transactions relied on by the Province to

valeur nette des avoirs de M. Malik juste avant la demande *Rowbotham*. Pour ces raisons, en se fondant sur [TRADUCTION] « l'examen du dossier, les mesures prises par la famille Malik ayant mené à la demande *Rowbotham*, les motifs de jugement de la juge Stromberg-Stein et les opérations relatives à la propriété de la famille Malik postérieures à la signature de l'entente relative au paiement », M. Houston a témoigné croire que « les renseignements de nature financière communiqués par M. Malik n'étaient ni complets ni exacts » et que « sans une ordonnance *Anton Piller*, il y a un risque important que des éléments de preuve pertinents à l'égard des faits invoqués par la province dans la présente action disparaissent ».

[34] J'estime comme le juge Tysoe que si le jugement sur la demande *Rowbotham* n'est admissible qu'à l'égard des trois « faits » déjà mentionnés, l'ordonnance *Anton Piller* ne peut être tenue pour valide.

[35] Un des problèmes rencontrés par les tribunaux de juridiction inférieure tenait au fait que la province avait initialement défendu la thèse extravagante voulant que les « faits *Rowbotham* » constituaient non seulement une preuve *prima facie* à la base des renseignements tenus pour véridiques par ses déposants, mais une preuve concluante et irréfutable, non seulement à l'égard de M. Malik — la personne qui avait présenté la demande *Rowbotham* — mais à l'égard de tous les autres membres de la famille Malik et leurs sociétés apparentées cités à titre de défendeurs dans la présente action — en raison des doctrines de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et de l'abus de procédure. À mon avis, la question de l'admissibilité est séparée et distincte de celle de savoir si, une fois admises, les conclusions du jugement sur la demande *Rowbotham* étaient concluantes et irréfutables.

[36] Le juge siégeant en cabinet a accepté les conclusions du jugement dans l'instance *Rowbotham* à titre de preuve *prima facie* de leur contenu. Il a signalé que, bien que M. et M<sup>m</sup>c Malik et Jaspreet aient présenté des éléments de preuve à l'audition de la demande d'annulation de l'ordonnance rendue

make the factual case against them. The question of whether the *Rowbotham* findings were conclusive and binding on the Maliks in this case (which would only have arisen had they made the attempt to adduce evidence to contradict those findings), was not something the chambers judge believed he was required to decide. I agree with the chambers judge that the admissibility of the *Rowbotham* facts was not dependent on the respondents being foreclosed from challenging them because of issue estoppel or abuse of process.

#### B. *The Concern About a Multiplicity of Proceedings*

[37] The admissibility of prior civil or criminal judgments in subsequent civil proceedings, and the effect to be given to them, must be seen in the broader context of the need to promote efficiency in litigation and reduce its overall costs to the parties. The doctrines of *res judicata*, issue estoppel and abuse of process are all part of this larger judicial policy but they do not exhaust its potential.

[38] It seems clear the *Rowbotham* judgment was properly put before the chambers judge. He was entitled to take judicial notice of prior decisions of the court. Then there is the public documents (or official written statement) exception to the hearsay rule: *McCormick on Evidence* (5th ed. 1999), vol. 2, at §295. Moreover, it was incumbent on the Province to make “full and frank disclosure of all relevant facts” to the chambers judge (*Celanese Canada*, at para. 37). This requirement included drawing the court’s attention to the *Rowbotham* decision. Further, as the Province points out, the *Rowbotham* proceeding was itself pleaded as a step in the alleged Malik family conspiracy to defraud the Province. In this aspect, the judgment was tendered for the purpose of proving the *fact* that the proceedings were taken by Mr. Malik, and supported by testimony from his family. In this latter

*ex parte*, aucun de ces éléments de preuve ne réfutait les opérations sur lesquelles se fondait la province pour étayer sa preuve. Le juge siégeant en cabinet ne s’est pas estimé tenu de décider si les conclusions du jugement *Rowbotham* étaient concluantes et irréfutables à l’égard des Malik dans la présente affaire (la question se serait posée seulement si les Malik avaient tenté de présenter des preuves en vue de contredire ces conclusions). Je suis d’accord avec le juge siégeant en cabinet pour dire que l’admissibilité des faits *Rowbotham* ne dépendait pas de ce qu’il pouvait être impossible pour les intimés de les contester en raison de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée ou de l’abus de procédure.

#### B. *La question de la multiplicité des procédures*

[37] L’admissibilité de jugements civils ou criminels antérieurs dans le cadre de procédures civiles, et l’effet qui doit leur être donné, doivent être considérés dans le contexte plus large de la nécessité de favoriser l’efficacité dans le règlement des litiges et de réduire le coût global pour les parties. Les doctrines de la *res judicata*, de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée et de l’abus de procédure s’inscrivent toutes trois dans cette politique judiciaire plus générale, sans toutefois en épuiser le potentiel.

[38] Il paraît clair que le juge siégeant en cabinet a à juste titre été saisi du jugement *Rowbotham*. Il avait le droit de prendre connaissance d’office de décisions antérieures rendues par la cour. Les documents publics (ou des déclarations écrites officielles) font aussi exception à la règle du ouï-dire : *McCormick on Evidence* (5<sup>e</sup> éd. 1999), vol. 2, §295. De plus, il incombait à la province « de faire une divulgation fidèle et complète de tous les faits pertinents » au juge siégeant en cabinet (*Celanese Canada*, par. 37). Du fait de cette obligation, la province se devait de signaler à la cour le jugement *Rowbotham*. Et comme le souligne la province, la demande *Rowbotham* a elle-même été invoquée à titre d’élément du complot en vue de frauder la province reproché à la famille Malik. Sous ce rapport, on a produit le jugement dans le dessein de prouver le *fait* que les procédures ont été engagées par

respect, the fact the proceeding itself was taken is *not* hearsay: *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, at pp. 924-25.

[39] All of this, of course, does not carry the Province very far. The mere fact the *Rowbotham* decision was properly before the chambers judge does not determine what use may properly be made of it. In my view the chambers judge was *not* required to proceed as if the *Rowbotham* judgment was of merely historical interest and of no probative value to the *Anton Piller* application (apart from the Court of Appeal's "three facts").

[40] In a number of decisions our Court had emphasized a public interest in the avoidance of "[d]uplicative litigation, potential inconsistent results, undue costs, and inconclusive proceedings" (*Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, at para. 18). Inefficient procedures not only increase costs unnecessarily, but result in added delay, and can operate as an avoidable barrier to effective justice:

Where the same issues arise in various forums, the quality of justice delivered by the adjudicative process is measured not by reference to the isolated result in each forum, but by the end result produced by the various processes that address the issue.

(*Toronto (City) v. Canadian Union of Public Employees, Local 79* (2001), 55 O.R. (3d) 541 (C.A.), *per* Doherty J.A., at para. 74, *aff'd* 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77 (*sub nom. Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*), at para. 44)

When *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79* reached this Court, Arbour J. pointed out that the judicial concern about duplicative litigation operates equally against a plaintiff or a defendant: "I cannot see what difference it makes" (para. 47). At issue in those cases were the doctrines of *res judicata*, issue estoppel and abuse of process.

M. Malik et que des membres de sa famille ont témoigné pour les appuyer. À ce dernier égard, le fait que l'instance elle-même a été introduite *ne* constitue *pas* du ouï-dire : *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, p. 924-925.

[39] Tout cela, bien sûr, ne mène pas la province très loin. Le simple fait que le juge siégeant en cabinet ait été saisi à juste titre de la décision sur la demande *Rowbotham* ne détermine pas l'usage qu'il convenait d'en faire. Selon moi, le juge siégeant en cabinet *n'était pas* tenu de faire comme si cette décision ne présentait qu'un intérêt historique et était dénué de valeur probante à l'égard de la demande *Anton Piller* (exception faite des « trois faits » retenus par la Cour d'appel).

[40] Dans plusieurs décisions, la Cour a souligné que l'intérêt public commande d'éviter « [l]es instances faisant double emploi, les risques de résultats contradictoires, les frais excessifs et les procédures non décisives » (*Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, par. 18). Des procédures inefficaces font non seulement augmenter inutilement les coûts, mais elles ont pour effet de retarder les choses et peuvent constituer un obstacle évitable à une justice efficace :

[TRADUCTION] Lorsque la même question est soulevée devant divers tribunaux, la qualité des décisions rendues au terme du processus judiciaire se mesure non par rapport au résultat particulier obtenu de chaque forum, mais par le résultat final découlant des divers processus.

(*Toronto (City) c. Canadian Union of Public Employees, Local 79* (2001), 55 O.R. (3d) 541 (C.A.), le juge Doherty, par. 74, *conf. par* 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77 (intitulé *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*), par. 44)

Lorsque notre Cour a été saisie de l'affaire *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, la juge Arbour a souligné que la préoccupation des juges touchant les procédures répétitives concerne indifféremment les demandeurs et les défendeurs : « je ne vois pas quelle différence il y a » (par. 47). Il était question dans ces affaires des doctrines de la *res judicata*, de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et de l'abus de procédure.

[41] *Danyluk* concerned a civil action by a disgruntled employee whose claim under the *Employment Standards Act*, R.S.O. 1990, c. E.14, had already been dismissed by a government adjudicator. The employer asked for dismissal on the basis of issue estoppel. The Court held that the doctrine of issue estoppel must be applied flexibly, and that from a fairness perspective the employee should be permitted to relitigate the claims arising out of her employment because “[i]t is unlikely the legislature intended a summary procedure for smallish claims to become a barrier to closer consideration of more substantial claims” (para. 78). On the other hand, *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, applied the doctrine of abuse of process, notwithstanding different parties, to prevent the relitigation of a criminal conviction of a municipal employee for sexual abuse of a child in his care. The issue resurfaced in a subsequent grievance arbitration by the employee, who had been fired following his conviction. The respondent City filed before the arbitrator not only a certificate of conviction but a transcript of the boy’s evidence at the criminal trial. (The child did not testify at the arbitration.) In holding the arbitrator bound by the earlier criminal proceedings, Arbour J. offered three observations on why relitigation is generally undesirable:

First, there can be no assumption that relitigation will yield a more accurate result than the original proceedings. Second, if the same result is reached in the subsequent proceeding, the relitigation will prove to have been a waste of judicial resources as well as an unnecessary expense for the parties and possibly and additional hardship for some witnesses. Finally, if the result in the subsequent proceeding is different from the conclusion reached in the first on the very same issue, the inconsistency, in and of itself, will undermine the credibility of the entire judicial process, thereby diminishing its authority, its credibility and its aim of finality. [para. 51]

[41] Dans l’affaire *Danyluk*, une action civile a été intentée par une employée mécontente dont la plainte, déposée en vertu de la *Loi sur les normes d’emploi*, L.R.O. 1990, ch. E.14, avait déjà été rejetée par une agente des normes d’emploi. L’employeur a demandé le rejet de l’action pour cause de préclusion d’une question déjà tranchée. La Cour a jugé que la doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée devait être appliquée avec souplesse et qu’il fallait, par souci d’équité, permettre à l’employée de plaider de nouveau sa cause liée à son emploi parce qu’« [i]l est peu probable que le législateur ait voulu qu’une procédure sommaire applicable à la réclamation de petites sommes fasse obstacle à l’examen approfondi de réclamations plus considérables » (par. 78). Par contre, dans *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, la Cour a appliqué la doctrine de l’abus de procédure, même si les parties étaient différentes, afin d’empêcher la remise en cause de la déclaration de culpabilité prononcée à l’encontre d’un employé municipal pour une agression sexuelle commise sur un enfant qui lui était confié. La question avait refait surface dans le cadre de l’arbitrage d’un grief déposé ultérieurement par l’employé, qui avait été congédié après sa condamnation. La ville intimée avait produit devant l’arbitre non seulement un certificat de condamnation, mais une transcription du témoignage du garçon lors du procès criminel. (L’enfant n’avait pas témoigné lors de l’arbitrage.) En concluant que l’arbitre était lié par l’instance criminelle antérieure, la juge Arbour a cité trois raisons pour lesquelles la réouverture d’un litige n’est généralement pas souhaitable :

Premièrement, on ne peut présumer que la remise en cause produira un résultat plus exact que l’instance originale. Deuxièmement, si l’instance subséquente donne lieu à une conclusion similaire, la remise en cause aura été un gaspillage de ressources judiciaires et une source de dépenses inutiles pour les parties sans compter les difficultés supplémentaires qu’elle aura pu occasionner à certains témoins. Troisièmement, si le résultat de la seconde instance diffère de la conclusion formulée à l’égard de la même question dans la première, l’incohérence, en soi, ébranlera la crédibilité de tout le processus judiciaire et en affaiblira ainsi l’autorité, la crédibilité et la vocation à l’irrévocabilité. [par. 51]

[42] Of course the weight of the prior judgment will depend on such factors as the similarity of the issues to be decided, the identity of the parties, and (because of the differing burdens of proof) whether the prior proceedings were criminal or civil. As the Sopinka text points out: “The fact that it is a civil judgment only would be significant in terms of weight. The party against whom the judgment was rendered would have a greater opportunity to explain it or suggest mitigating circumstances” (Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman and Michelle K. Fuerst, *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada* (3rd ed. 2009), at §19.177).

[43] Here it is objected that the *Rowbotham* issues are different from the fraud and conspiracy case, but Arbour J. in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, cited the decision of the Ontario Court of Appeal in *Re Del Core and Ontario College of Pharmacists* (1985), 51 O.R. (2d) 1, where Houlden J.A. (dissenting on a different point) observed in the context of an appeal from a decision of a professional disciplinary body, that “lack of identity of issue goes to weight, not to admissibility” (p. 17). Arbour J. also referred to *Saskatoon Credit Union Ltd. v. Central Park Enterprises Ltd.* (1988), 47 D.L.R. (4th) 431 (B.C.S.C.). In that case, it was held that it was an abuse of process for the defendants to deny that a certain transfer was fraudulent where that issue had been determined against them after a full and fair trial in a previous proceeding between different parties.

[44] The Province suggests that the Court of Appeal was influenced — although not expressly referring to it — by the so-called rule in *Hollington v. F. Hewthorn & Co.*, [1943] 1 K.B. 587 (C.A.). In that case, in which damages were claimed arising out of a motor vehicle accident, the English Court of Appeal ruled inadmissible in the subsequent civil action a certificate of conviction of the

[42] Le poids du jugement antérieur dépendra naturellement de facteurs comme la similitude des questions devant être tranchées, l'identité des parties et (en raison des différences quant à la charge de la preuve) le caractère criminel ou civil des procédures antérieures. Comme le soulignent les éditeurs de *The Law of Evidence in Canada*, [TRADUCTION] « [I]e fait qu'il s'agit seulement d'un jugement civil aurait une importance quant au poids devant lui être attribué. La partie contre laquelle le jugement a été rendu aurait davantage l'occasion de l'expliquer ou d'avancer des circonstances atténuantes » (Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman et Michelle K. Fuerst, *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada* (3<sup>e</sup> éd. 2009), §19.177).

[43] En l'espèce, on objecte que les questions dans la demande *Rowbotham* sont différentes de l'instance relative à la fraude et au complot. Mais la juge Arbour, dans *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, a cité la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Re Del Core and Ontario College of Pharmacists* (1985), 51 O.R. (2d) 1, où le juge Houlden (dissident sur un autre point) a observé, dans le contexte de l'appel d'une décision d'un comité de discipline, que [TRADUCTION] « l'absence d'identité des questions en litige a une incidence sur le poids devant être attribué à la décision, non sur l'admissibilité de celle-ci » (p. 17). La juge Arbour a également mentionné *Saskatoon Credit Union Ltd. c. Central Park Enterprises Ltd.* (1988), 47 D.L.R. (4th) 431 (C.S.C.-B.). Dans cette affaire, le tribunal a conclu à un abus de procédure de la part des défendeurs, qui avaient nié le caractère frauduleux d'un certain transfert alors que cette question avait été tranchée en leur défaveur à l'issue d'un procès complet et équitable dans une instance ayant antérieurement opposé des parties différentes.

[44] La province laisse entendre que la Cour d'appel a été influencée — sans toutefois s'y être référée explicitement — par la « règle » établie dans *Hollington c. F. Hewthorn & Co.*, [1943] 1 K.B. 587 (C.A.). Il s'agit d'une décision relative à des dommages-intérêts réclamés par suite d'un accident d'automobile. La Cour d'appel d'Angleterre avait déclaré inadmissible dans l'action

defendant driver for careless driving because “on the trial of the issue in the civil court, the opinion of the criminal court is equally irrelevant” (p. 595). In its country of origin this rule is “generally thought to have taken the technicalities of the matter much too far” (*Arthur J.S. Hall & Co. v. Simons*, [2000] U.K.H.L. 38, [2002] 1 A.C. 615, at p. 702, *per* Lord Hoffman). The editor of *Cross and Tapper on Evidence* (12th ed. 2010) agrees. After dismissing *Hollington v. F. Hewthorn & Co.* as a bundle of “indefensible technicalities” (p. 109), he comments that the “House of Lords might at some stage reconsider the matter in the light of the modern emphasis on fairness and the abuse of process, especially where the prejudiced party had a full opportunity to contest the finding against him in the earlier proceedings” (p. 110). The editors of the Sopinka text appear to share the same view (§19.158). To similar effect, see *Jorgensen v. News Media (Auckland) Ltd.*, [1969] N.Z.L.R. 961 (C.A.), at p. 980, citing, at p. 971, *Harvey v. The King*, [1901] A.C. 601 (P.C.), and at p. 974, *McCormick on Evidence*:

Probably the trend of evolution will be toward the admission generally against a present party of any judgment or finding in a former civil or criminal case if the party had an opportunity to defend. The principles on which is founded the hearsay exception for official written statements would justify this extension.

In this appeal we are concerned only with the effect, if any, to be given to *Hollington v. F. Hewthorn & Co.* in *interlocutory* proceedings. In my view the “rule” simply has no application at this stage of proceedings in British Columbia. In addition to the general considerations already referred to, r. 51(10)(a) of the *British Columbia Supreme Court Rules* expressly permits the admission of hearsay on an *interlocutory* application

civile subséquente un certificat faisant état de la condamnation pour conduite imprudente du conducteur défendeur parce que [TRADUCTION] « dans le cadre du procès tenu devant le tribunal de juridiction civile, l’opinion du tribunal de juridiction criminelle est également sans pertinence » (p. 595). Dans le pays où elle a été établie, [TRADUCTION] « on considère généralement que [cette règle] a poussé bien trop loin les distinctions subtiles » (*Arthur J.S. Hall & Co. c. Simons*, [2000] U.K.H.L. 38, [2002] 1 A.C. 615, p. 702, lord Hoffman). L’éditeur de *Cross and Tapper on Evidence* (12<sup>e</sup> éd. 2010) est du même avis. Après avoir écarté la décision *Hollington c. F. Hewthorn & Co.*, dans laquelle il voit un ensemble de [TRADUCTION] « subtilités indéfendables » (p. 109), il exprime l’opinion que « la Chambre des lords pourrait à un certain stade reconsidérer la question à la lumière de l’accent mis aujourd’hui sur l’équité et l’abus de procédure, en particulier lorsque la partie lésée a pleinement eu la possibilité de contester la décision rendue contre elle dans l’instance antérieure » (p. 110). Les éditeurs de *The Law of Evidence in Canada* semblent partager cette opinion (§19.158). Une idée semblable est exprimée dans *Jorgensen c. News Media (Auckland) Ltd.*, [1969] N.Z.L.R. 961 (C.A.), p. 980, où l’on cite, à la p. 971, *Harvey c. The King*, [1901] A.C. 601 (C.P.), et à la p. 974, *McCormick on Evidence* :

[TRADUCTION] Les choses évolueront sans doute vers l’admission d’une manière générale, contre une partie dans une instance en cours, de toute conclusion tirée ou de tout jugement rendu dans le cadre d’une instance civile ou criminelle antérieure, si la partie a eu la possibilité de se défendre. Les principes à la base de l’exception à la règle du ouï-dire relative aux déclarations écrites officielles justifieraient cette extension.

En l’espèce, il s’agit seulement d’examiner l’effet, s’il en est, que peut avoir l’arrêt *Hollington c. F. Hewthorn & Co.* dans des procédures *interlocutoires*. Selon moi, la « règle » n’a tout simplement aucune application à cette étape des procédures en Colombie-Britannique. En plus des considérations générales exposées précédemment, l’al. 51(10)a) des règles de la Cour suprême de la Colombie-Britannique permet expressément l’admission

(as does replacement r. 22-2(13), which came into force on July 1, 2010 (*Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009)).

[45] I do not see how the “indefensible technicalities” of *Hollington v. F. Hewthorn & Co.*, or their extension to interlocutory proceedings in a civil case are consistent with the concerns expressed by this Court in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, about the need to avoid an unnecessary multiplicity of proceedings.

[46] Whether or not a prior civil or criminal decision is admissible in trials on the merits — including administrative or disciplinary proceedings — will depend on the purpose for which the prior decision is put forward and the use sought to be made of its findings and conclusions. On this point I agree with *Del Core* (which was *not* an interlocutory proceeding) that it “would be highly undesirable to replace this arbitrary rule [in *Hollington v. F. Hewthorn & Co.*] by prescribing equally rigid rules to replace it” (p. 22).

[47] I agree, as well, with the Ontario Court of Appeal in *Del Core* that the prior proceedings may be admissible but the “weight and significance” to be given to them “will depend on the circumstances of each case” (p. 21).

The law of Ontario is only now emerging from the long shadow cast over it by the decision in *Hollington v. Hewthorn*, *supra*. It would be highly undesirable to replace this arbitrary rule by prescribing equally rigid rules to replace it. The law should remain flexible to permit its application to the varying circumstances of particular cases. [p. 22]

[48] Once admitted, the weight to be given to the earlier decision in subsequent interlocutory proceedings will rest not only on the identity of the participants, the similarity of the issues, the nature of the earlier proceedings and the opportunity given to the prejudiced party to contest it but on

d’une preuve par oui-dire dans le cadre d’une requête interlocutoire (comme le permet aussi le par. 22-2(13), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2010, qui l’a remplacé (*Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009)).

[45] Je ne vois pas comment les [TRADUCTION] « subtilités indéfendables » de *Hollington c. F. Hewthorn & Co.*, ou leur extension à des procédures interlocutoires dans une instance civile, pourraient être compatibles avec les préoccupations que notre Cour a exprimées dans *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, au sujet de la nécessité d’éviter la multiplicité inutile des procédures.

[46] L’admissibilité, au procès sur le fond, d’une décision antérieure en matière civile ou criminelle — y compris les décisions d’un tribunal administratif ou disciplinaire — dépendra des fins pour lesquelles la décision est présentée et de l’utilisation que l’on entend faire de ses conclusions. Sur ce point, je suis d’accord avec la Cour d’appel dans *Del Core* (qui n’était *pas* une procédure interlocutoire) qu’il [TRADUCTION] « serait déplorable de remplacer cette règle arbitraire [de l’arrêt *Hollington c. F. Hewthorn & Co.*] par l’imposition de règles tout aussi rigides » (p. 22).

[47] Je suis d’accord également avec la Cour d’appel de l’Ontario, qui a estimé dans *Del Core* que les procédures antérieures peuvent être admissibles mais que [TRADUCTION] « le poids et l’importance » qu’il faut leur attribuer « dépendront des circonstances de chaque cas » (p. 21).

[TRADUCTION] Le droit ontarien émerge maintenant seulement de la grande zone d’ombre dans laquelle l’avait plongé la décision *Hollington c. Hewthorn*, précitée. Il serait déplorable de remplacer cette règle arbitraire par l’imposition de règles tout aussi rigides. Le droit doit demeurer souple, de façon à pouvoir être appliqué aux circonstances différentes de chaque cas. [p. 22]

[48] Une fois la décision antérieure admise, le poids devant lui être attribué dans les procédures interlocutoires ultérieures tiendra non seulement à l’identité des participants, à la similitude des questions en litige, à la nature des procédures antérieures et à la possibilité donnée à la partie lésée de



all “the varying circumstances of particular cases” (*Del Core*, at p. 22).

C. *The Rowbotham Decision Was Admissible in This Case*

[49] In my view the chambers judge did not err in treating as admissible the *Rowbotham* decision on the interlocutory applications. The earlier proceeding had been initiated by Mr. Malik and involved the other respondents. The same series of family transactions, and allegations of asset manipulation, had earlier been examined by a judge of the Supreme Court of British Columbia. The underlying issue in the *Rowbotham* case, as it is here, is whether the Malik family was playing games with the Province (and the B.C. courts) with respect to their financial affairs. The question in that case was whether Mr. Malik was without financial resources to fund his defence. The issue in this case is whether Mr. Malik is without funds to pay his debt to the Province as a result of asset manipulation and fraudulent dealings within the Malik family as initially explored in the *Rowbotham* application, and according to the Houston affidavit, has continued ever since. These issues cannot be answered at an eventual trial without access to the underlying documents. The history of dealings between the Province and the Malik family justifies serious concern whether such evidence would be made available by the Malik family in the ordinary course of discovery.

[50] On the other hand, the chambers judge (quite properly in my view) did *not* foreclose the Malik family from leading evidence on the return of the motion to explain away or put a different light on their financial transactions.

[51] Undoubtedly, a chambers judge should proceed cautiously with hearsay evidence, particularly where the *ex parte* remedies sought are as

la contester mais aussi à toutes les [TRADUCTION] « circonstances différentes de chaque cas » (*Del Core*, p. 22).

C. *La décision sur la demande Rowbotham était admissible en l'espèce*

[49] Le juge siégeant en cabinet n'a selon moi commis aucune erreur en considérant la décision sur la demande *Rowbotham* comme admissible dans le cadre des requêtes interlocutoires. La procédure antérieure avait été engagée par M. Malik et faisait intervenir les autres intimés. La même série d'opérations familiales et l'allégation de manipulation des actifs avaient été examinées auparavant par un juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. La question sous-jacente dans la demande *Rowbotham*, comme en l'espèce, est celle de savoir si la famille Malik s'est livrée à des manigances vis-à-vis de la province (et de ses tribunaux) à l'égard de ses affaires financières. Dans le premier cas, il s'agissait de savoir si M. Malik était dépourvu des moyens financiers nécessaires pour assurer sa défense. En l'espèce, il s'agit de savoir si M. Malik est dépourvu des fonds nécessaires pour rembourser sa dette à la province par suite d'une manipulation d'actifs et d'opérations frauduleuses effectuées au sein de la famille Malik — des agissements examinés initialement dans le cadre de la demande *Rowbotham* et qui, selon l'affidavit de M. Houston, n'ont pas cessé depuis lors. Il est impossible de statuer sur ces questions lors d'un éventuel procès sans avoir accès aux documents sous-jacents. Vu l'historique des rapports entre la province et la famille Malik, il est permis de douter sérieusement que de tels éléments de preuve puissent être obtenus des membres de la famille Malik dans le cadre habituel d'un interrogatoire préalable.

[50] Par ailleurs, le juge siégeant en cabinet (à juste titre selon moi) *n'a pas* empêché la famille Malik de produire des éléments de preuve lors de la présentation de la requête afin d'expliquer ses opérations financières ou de les éclairer d'un jour différent.

[51] Le juge siégeant en cabinet doit certes faire preuve de prudence en matière de preuve par ouï-dire, en particulier lorsque les mesures demandées

prejudicial to the absent defendants as in the case of an *Anton Piller* order or a summary judgment (*Memphis Rogues Ltd. v. Skalbania* (1982), 38 B.C.L.R. 193 (C.A.), at pp. 194-95), or an injunction (*Litchfield v. Darwin* (1997), 29 B.C.L.R. (3d) 203 (S.C.), at para. 5). However, the need to proceed with caution does not render hearsay as such inadmissible under r. 51(10)(a) on an interlocutory motion.

[52] More significantly in this case, for the reasons already discussed, I do not regard a prior judicial decision between the same or related parties or participants on the same or related issues as merely another controversy over hearsay or opinion evidence. The court's earlier decision was a judicial pronouncement after the contending parties had been heard. It had substantial effect on their legal rights. It would have been wasteful of litigation resources and potentially productive of mischief and inconsistent findings (as discussed in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*) to have required the chambers judge to put aside Stromberg-Stein J.'s judgment and require the Province to litigate the *Rowbotham* facts *de novo* on an interlocutory motion. Of course the *Hollington v. F. Hewthorn & Co.* doctrine and its civil offshoots are not just about hearsay. They are also about inadmissible opinion evidence — opinion piled on hearsay. But for the reasons already discussed I would decline to give effect to the arguments made in *Hollington v. F. Hewthorn & Co.* They give rise to unnecessary inefficiencies and any alleged unfairness can be addressed on a case-by-case basis according to the circumstances.

D. *Did the Chambers Judge Defer Improperly to the Decision of the Rowbotham Judge, Delivered Five Years Earlier?*

[53] The reasons of the chambers judge for granting the *Anton Piller* order and *Mareva* injunction

*ex parte* sont aussi préjudiciables aux défendeurs absents que dans le cas d'une ordonnance *Anton Piller* ou d'un jugement sommaire (*Memphis Rogues Ltd. c. Skalbania* (1982), 38 B.C.L.R. 193 (C.A.), p. 194 et 195), ou d'une injonction (*Litchfield c. Darwin* (1997), 29 B.C.L.R. (3d) 203 (C.S.), par. 5). Mais la nécessité d'agir avec prudence ne rend pas inadmissible en soi la preuve par ouï-dire en vertu de l'al. 51(10)a) dans le cadre d'une demande interlocutoire.

[52] Plus important en l'espèce, je ne considère pas, pour les raisons déjà exposées, une décision judiciaire antérieure entre des parties ou participants qui sont les mêmes ou apparentés portant sur des questions identiques ou connexes comme simplement une autre controverse au sujet du ouï-dire ou de la preuve d'opinion. La décision antérieure rendue par le tribunal constituait une déclaration judiciaire faite après que les parties adverses eurent été entendues. Elle comportait des effets substantiels sur leurs droits. Obliger le juge siégeant en cabinet à écarter la décision de la juge Stromberg-Stein et la province à plaider *de novo* les faits de la demande *Rowbotham* dans le cadre d'une requête interlocutoire aurait constitué une mauvaise utilisation des ressources judiciaires et aurait pu causer des dommages et donner lieu à des conclusions contradictoires (comme il est expliqué dans *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*). Naturellement, la doctrine *Hollington c. F. Hewthorn & Co.* et ses variantes civiles ne concernent pas uniquement la preuve par ouï-dire. Elles ont également trait à la preuve d'opinion qui est inadmissible — l'opinion qui s'appuie sur du ouï-dire. Mais pour les raisons déjà expliquées, je refuserais de donner effet aux arguments invoqués dans *Hollington c. F. Hewthorn & Co.* Ils engendrent des inefficacités inutiles et si une injustice est alléguée, il est possible d'y remédier au cas par cas, selon les circonstances.

D. *Le juge siégeant en cabinet a-t-il fait preuve d'une déférence abusive à l'égard de la décision sur la demande Rowbotham rendue cinq ans auparavant?*

[53] Les motifs de la décision du juge siégeant en cabinet accordant l'ordonnance *Anton Piller* et

are quite brief. He stated that the Province had a “strong *prima facie* case that goes back to the reasons for judgment in 2003 of Madam Justice Stromberg-Stein in this matter” (para. 2), and then didn’t refer to the *Rowbotham* case again. He said that his decision to grant the *Mareva* injunction was based on the material and written arguments before him. With respect to the *Anton Piller* order, he stated:

Similarly, with respect to the *Anton Piller* order, I am satisfied on the basis of the material placed before me and the written argument that the order as sought . . . is appropriate. . . . [T]he material placed before me suggests, again on a strong *prima facie* basis, that that person may be involved in making arrangements to collude with the other defendants to frustrate the obligation that the defendant [Mr. Malik] has on the face of it with the plaintiff. That is all I will say, inasmuch as I do not think on an *ex parte* motion of this kind the court should discuss or suggest that it’s made any finding on the merits except to say that what is before it suggests a very strong case.

*(British Columbia (Attorney General) v. R.S.M., B.C.S.C. (in chambers), No. S077088, October 23, 2007, at para. 5)*

I therefore turn to the four “essential conditions” set out in *Celanese Canada* that must be met to justify an *Anton Piller* order.

(1) The Plaintiff Must Demonstrate a Strong *Prima Facie* Case

[54] What the chambers judge termed a very strong “case” included evidence that (1) Mr. Malik owed the Province over \$5.2 million; (2) Mr. Malik’s net worth had gone from a joint interest (with his wife) in \$11,648,439.85 in December 2000 to alleged insolvency in August 2003 with no explanation other than intra-family transfers of assets; (3) Mr. Malik had neither identified nor transferred assets to the Province as he had undertaken to do; (4) the Malik family has made numerous transfers of assets including luxury

l’injonction *Mareva* sont très brefs. Il indique que la province dispose d’une [TRADUCTION] « solide preuve *prima facie* qui remonte aux motifs du jugement rendu sur cette question en 2003 par la juge Stromberg-Stein » (par. 2), sans plus faire référence ensuite à la demande *Rowbotham*. Il précise que sa décision d’accorder l’injonction *Mareva* est fondée sur les documents et les observations écrites qui lui ont été présentés. Voici ce qu’il écrit au sujet de l’ordonnance *Anton Piller* :

[TRADUCTION] De même, en ce qui a trait à l’ordonnance *Anton Piller*, je suis convaincu, à la lumière des documents qui m’ont été présentés et des observations écrites, que l’ordonnance demandée [. . .] est appropriée. [. . .] [L]es documents qui m’ont été présentés donnent à penser, encore une fois en raison d’une solide preuve *prima facie*, que cette personne prend peut-être des dispositions en vue de s’associer avec les autres défendeurs pour contrecarrer l’obligation que le défendeur [M. Malik] a envers la demandresse. Je n’en dirai pas davantage : je ne pense pas en effet que dans le cas d’une telle requête *ex parte* le tribunal devrait analyser le fond ou donner à entendre qu’il a tiré des conclusions sur le fond, sauf pour dire que les documents dont il dispose semblent indiquer l’existence d’une preuve très solide.

*(British Columbia (Attorney General) c. R.S.M., C.S.C.-B. (en cabinet), n° S077088, 23 octobre 2007, par. 5)*

J’aborde donc les quatre « conditions [qui] doivent être remplies » selon *Celanese Canada* pour justifier une ordonnance *Anton Piller*.

(1) Le demandeur doit présenter une preuve *prima facie* solide

[54] Voici les éléments qualifiés de [TRADUCTION] « preuve » très solide par le juge siégeant en cabinet : (1) M. Malik devait à la province plus de 5,2 millions de dollars; (2) la valeur nette des avoirs de M. Malik était passée d’un actif conjoint (avec son épouse) de 11 648 439,85 \$ en décembre 2000 à une prétendue insolvabilité en août 2003, sans autre explication que des transferts d’actifs au sein de la famille; (3) M. Malik n’avait ni identifié ni transféré des actifs à la province comme il s’y était engagé; (4) la famille Malik avait effectué de

vehicles and Mr. Malik's \$72,000 income tax refund, in violation of a court order not to dispose of any assets (this amount was belatedly repaid to the Province); (5) the particular transfers of property within the family up to the time of the *Rowbotham* hearing had been examined judicially in the course of that proceeding; (6) the pattern of shuffling assets within the family and loading the remaining assets with debt continued after the *Rowbotham* application in respect of Mr. Malik's home at 6475 Marguerite Street and the commercial property on Hamilton Street, where some of the mortgages ranking in priority to the Province's claim had been shuffled back to a Malik family company, 0772735 B.C. Ltd., in an effort to obtain priority over the Province's claim. These mortgages had a combined value of about \$1.9 million; (7) the circumstances of the transfers raised a legitimate concern that their purpose was to facilitate Mr. Malik escaping his financial obligations under the agreements for defence funding that he had entered into with the Province; (8) Jaspreet played an active role in attempting to obtain a default judgment against his father at the suit of his uncle Gurdip Malik on a \$330,000 loan that was not due for another year; (9) the intra-family transactions included a security interest registered by Jaspreet in favour of Gurdip Malik against Mr. Malik's shares in Khalsa, a company that owned a \$3 million hotel, one year before the \$330,000 loan was due and one month after Tysoe J. ordered Mr. Malik not to dispose of or encumber any of his assets; and (10) the Malik children claimed unpaid wages in the amount of \$260,000 that had never been recorded or claimed before Mr. Malik's legal troubles.

[55] In my view it was open to the chambers judge on the basis of the whole of the interlocutory

nombreux transferts d'actifs, y compris des véhicules de luxe et le remboursement d'impôt sur le revenu de 72 000 \$ reçu par M. Malik, en violation d'une ordonnance judiciaire lui interdisant de se défaire de quelque bien que ce soit (cette somme a été remboursée tardivement à la province); (5) les transferts de propriété en cause ayant eu lieu au sein de la famille jusqu'au moment de l'audition de la demande *Rowbotham* avaient fait l'objet d'un examen judiciaire dans le cadre de cette instance; (6) le procédé consistant à faire des transferts d'actifs au sein de la famille et à grever de dettes les actifs restants s'est poursuivi après la demande *Rowbotham* à l'égard de la résidence de M. Malik située au 6475, rue Marguerite et de la propriété commerciale de la rue Hamilton, où certaines des hypothèques d'un rang prioritaire à la créance de la province étaient revenues à une société de la famille Malik, 0772735 B.C. Ltd., dans une tentative pour obtenir une priorité par rapport à la créance de la province. La valeur totale de ces hypothèques se chiffrait à quelque 1,9 million de dollars; (7) les circonstances des transferts permettaient légitimement de croire qu'ils visaient en fait à aider M. Malik à échapper aux obligations financières découlant des ententes relatives au financement de sa défense conclues avec la province; (8) Jaspreet a joué un rôle actif en essayant d'obtenir un jugement par défaut contre son père à la demande de son oncle Gurdip Malik, à propos d'un prêt de 330 000 \$ qui n'était pas exigible avant une année; (9) parmi les opérations effectuées au sein de la famille figurait une sûreté enregistrée par Jaspreet en faveur de Gurdip Malik et grevant des actions de M. Malik dans Khalsa, une société qui était propriétaire d'un hôtel de 3 millions de dollars, un an avant que le prêt de 330 000 \$ soit exigible et un mois après que le juge Tysoe eût ordonné à M. Malik de n'aliéner ou de ne grever aucun de ses actifs; et (10) les enfants Malik ont réclamé 260 000 \$ au titre de salaires non payés qui n'avaient jamais été inscrits ou réclamés avant les problèmes juridiques de M. Malik.

[55] Selon moi, il était loisible au juge siégeant en cabinet, en se fondant sur l'ensemble du dossier

record to conclude that the Province had made out a strong *prima facie* case to establish Mr. Malik's debt and the respondents' conspiracy to defraud the Province and to assist Mr. Malik to avoid his obligations under the Defence Counsel Agreement.

(2) The Damage to the Plaintiff of the Defendant's Alleged Misconduct, Potential or Actual, Must Be Very Serious

[56] A claim of over \$5.2 million against a debtor who, *prima facie*, exhibits a continuing history of evading payment by fraud and conspiracy with other members of his family to cover their financial tracks is, in my view, very serious.

(3) There Must Be Convincing Evidence That the Defendant Has in Its Possession Incriminating Documents or Things

[57] In my opinion, it was open to the chambers judge to conclude on the *ex parte* application that incriminating documentation behind the registered and unregistered property transfers was in the possession of the respondents, especially Jaspreet who held himself out as his father's "legal counsel in relation to financial affairs" (chambers judgment, at para. 11). Jaspreet acted for his parents, either personally or in connection with other members of his firm, in at least 18 mortgage transactions since 1996, the majority of which post-date the court order against Mr. Malik not to dispose of his assets. It is alleged, based on the evidence, that Jaspreet is functioning not as an independent lawyer, but as a co-conspirator. I think it was reasonable for the chambers judge to conclude that Jaspreet was "involved in making arrangements to collude with the other defendants to frustrate the obligation that the defendant [Mr. Malik] has on the face of it with the plaintiff" and that, in the circumstances, a good deal of relevant and incriminating evidence would likely be found at the places sought to be searched, namely the Malik

interlocutoire, de conclure que la province avait établi l'existence d'une solide preuve *prima facie* établissant la dette de M. Malik et le complot des intimés en vue de frauder la province et d'aider M. Malik à se soustraire aux obligations qui lui incombaient en vertu de l'entente relative aux avocats de la défense.

(2) Le préjudice causé ou risquant d'être causé au demandeur par l'inconduite présumée du défendeur doit être très grave

[56] Une créance de plus de 5,2 millions de dollars envers un débiteur qui, selon ce qu'il appert *prima facie*, s'est soustrait d'une façon continue au paiement en usant de fraude et de complot avec des membres de sa famille pour dissimuler leurs traces financières constitue à mon sens quelque chose de très grave.

(3) Il doit y avoir une preuve convaincante que le défendeur a en sa possession des documents ou des objets incriminants

[57] À mon avis, le juge siégeant en cabinet était fondé à conclure, dans le cadre de la requête *ex parte*, que des documents incriminants attestant les transferts de propriété enregistrés et non enregistrés étaient en possession des intimés, en particulier de Jaspreet, qui se considérait comme le [TRADUCTION] « conseiller juridique [de son père] en ce qui a trait aux affaires financières » (jugement du juge siégeant en cabinet, par. 11). Jaspreet a représenté ses parents, personnellement ou en lien avec d'autres membres de son cabinet, dans au moins 18 transactions hypothécaires depuis 1996, dont la majorité portent une date postérieure à l'ordonnance judiciaire interdisant à M. Malik de se défaire de ses actifs. Il est allégué, sur la base de la preuve, que Jaspreet agit non pas en qualité d'avocat indépendant, mais en tant que comparse dans le complot. Le juge siégeant en cabinet pouvait raisonnablement conclure, à mon avis, que Jaspreet prenait « des dispositions en vue de s'associer avec les autres défendeurs pour contrecarrer l'obligation que le défendeur [M. Malik] a envers la demanderesse » et que, dans les circonstances, une bonne

family home and Jaspreet's various places of work.

(4) It Must Be Shown That There Is a Real Possibility That the Defendant May Destroy Such Material Before the Discovery Process Can Do Its Work

[58] The Province argued that this is a case of "exceptional circumstances" because Mr. Malik and other members of his family have, over a period of 8 years, misrepresented his net worth and conspired to move assets around within the family to create the appearance that Mr. Malik is without financial resources. The evidence suggests, again on a *prima facie* basis, that Mr. Malik has failed to respect court orders before, and that there is a "real possibility" that he and members of his family will do so again if they think it is to their financial advantage.

[59] It will often be difficult or perhaps impossible for a plaintiff to show that a defendant *will* actually destroy evidence, but it is always open to the court to draw inferences reasonably compelled by the surrounding circumstances. As Paperny J. (as she then was) observed in *Capitanescu v. Universal Weld Overlays Inc.* (1996), 46 Alta. L.R. (3d) 203 (Q.B.):

Generally, courts have inferred a risk of destruction when it is shown that the defendant has been acting dishonestly, for example where matter has been acquired in suspicious circumstances, or where the defendant has knowingly violated the applicant's rights. [para. 22]

This passage was cited with approval by the Alberta Court of Appeal in *Catalyst Partners Inc. v. Meridian Packaging Ltd.*, 2007 ABCA 201, 76 Alta. L.R. (4th) 264, at para. 13.

[60] Given a history of refusal to provide proper disclosure of financial information despite

quantité d'éléments de preuve pertinents et incriminants seraient sans doute découverts dans les lieux où l'on voulait faire une perquisition, soit la résidence familiale des Malik et les divers lieux de travail de Jaspreet.

(4) Il faut démontrer qu'il est réellement possible que le défendeur détruise ces pièces avant que le processus de communication préalable puisse être amorcé

[58] La province a soutenu qu'il s'agit d'un cas « exceptionnel » parce que M. Malik et d'autres membres de sa famille ont, pendant une période de 8 ans, présenté faussement la valeur nette de ses avoirs et comploté en vue de transférer des actifs au sein de la famille afin de donner l'impression que M. Malik est dépourvu de moyens financiers. La preuve donne lieu de croire, là encore de façon *prima facie*, que M. Malik a déjà contrevenu à des ordonnances judiciaires et qu'il « est réellement possible » que lui et des membres de sa famille y contreviendront encore s'ils y voient un avantage financier pour eux.

[59] Il sera souvent difficile, voire impossible, pour un demandeur de démontrer qu'un défendeur *détruira* effectivement des éléments de preuve, mais il est toujours loisible au tribunal de tirer les conclusions raisonnables qui découlent nécessairement de l'ensemble des circonstances. La juge Paperny (maintenant à la Cour d'appel) a fait remarquer ce qui suit dans *Capitanescu c. Universal Weld Overlays Inc.* (1996), 46 Alta. L.R. (3d) 203 (B.R.) :

[TRADUCTION] En général, les tribunaux concluent à un risque de destruction s'il est démontré que le défendeur a agi de façon malhonnête, par exemple si le bien a été acquis dans des circonstances suspectes, ou si le défendeur a sciemment violé les droits du demandeur. [par. 22]

La Cour d'appel de l'Alberta a cité et approuvé ce propos dans *Catalyst Partners Inc. c. Meridian Packaging Ltd.*, 2007 ABCA 201, 76 Alta L.R. (4th) 264, par. 13.

[60] Étant donné les refus antérieurs de fournir l'information financière requise malgré

Mr. Malik's agreement (and a court order) to do so, in my opinion it was open to the chambers judge to conclude that the respondents might if forewarned continue the pattern of refusal and obfuscation by destroying relevant material "before the discovery process can do its work" (*Celanese Canada*, at para. 35).

[61] It is evident that the chambers judge made his own decision on the matters he was required to determine in relation to the *Anton Piller* application and did not abdicate his judgment to the *Rowbotham* judge. On the respondents' application to set aside the *ex parte* orders Mr. and Mrs. Malik filed evidence (Jaspreet did not) but their evidence did not seek to contradict the facts relating to their financial affairs on which the *ex parte* orders were based. In these circumstances, it was open to the chambers judge, in my opinion, to affirm his previous orders.

[62] Whether and to what extent the *Rowbotham* issues can properly be relitigated at the eventual trial of this action is a decision for the trial judge to make.

#### E. *The Solicitor-Client Issue*

[63] Jaspreet appeared in person before this Court to object to the seizure at his law offices on the grounds of solicitor-client privilege. This is an important issue in *Anton Piller* cases, as the judgment in *Celanese Canada* made clear. However, in this case, unlike *Celanese Canada*, the allegation is that Jaspreet is a party to the alleged fraud and conspiracy, and therefore that no privilege attached to the relevant documents.

[64] Moreover, unlike the situation in *Celanese Canada*, the independent solicitors have not made any of the seized documents available to the plaintiff Province. The parties appeared before the

l'engagement en ce sens pris par M. Malik (et une ordonnance judiciaire), il était selon moi loisible au juge siégeant en cabinet de conclure que les intimés, s'ils étaient prévenus, pourraient continuer leur manège de refus et de faux-fuyants en détruisant des documents pertinents « avant que le processus de communication préalable puisse être amorcé » (*Celanese Canada*, par. 35).

[61] Il est évident que le juge siégeant en cabinet a pris sa propre décision sur les questions qu'il était appelé à trancher à propos de la demande *Anton Piller* et qu'il n'a pas renoncé à son indépendance de jugement par rapport au juge ayant statué sur la demande *Rowbotham*. Dans le cadre de la demande des intimés visant à faire annuler les ordonnances *ex parte*, M. et M<sup>me</sup> Malik ont présenté des éléments de preuve (Jaspreet ne l'a pas fait), mais ces preuves ne visaient pas à contredire les faits concernant leurs affaires financières sur lesquels étaient fondées les ordonnances *ex parte*. Dans ces circonstances, le juge siégeant en cabinet pouvait, à mon avis, confirmer ses ordonnances antérieures.

[62] C'est au juge du procès qu'il appartiendra de décider si, et dans quelle mesure, les questions examinées dans la demande *Rowbotham* peuvent à bon droit faire l'objet d'un nouveau débat lors de l'éventuel procès relatif à la présente action.

#### E. *Le secret professionnel de l'avocat*

[63] Jaspreet a comparu en personne devant notre Cour pour s'opposer à la saisie effectuée dans ses cabinets juridiques en invoquant le privilège du secret professionnel de l'avocat. Il s'agit d'une question importante dans les affaires *Anton Piller*, comme l'a clairement montré l'arrêt *Celanese Canada*. En l'espèce cependant, contrairement à la situation dans *Celanese Canada*, on soutient que Jaspreet est partie à la fraude et au complot allégués et que, partant, aucun privilège n'est rattaché aux documents pertinents.

[64] En outre, contrairement à la situation dans *Celanese Canada*, les avocats indépendants n'ont mis à la disposition de la province aucun des documents saisis. Les parties ont comparu devant le

chambers judge on October 25th, 2007, two days after the *Anton Piller* order was granted. Counsel raised the issue of solicitor-client privilege, and the parties reached what McEwan J. described as “operating understandings” as to the safeguards that would govern the files seized from the law offices until such time as the Maliks’ substantive challenge to the orders was resolved.

[65] In the end Jaspreet was only able to identify three files captured by the search that were subject to proper objections on the ground of solicitor-client privilege. One of those was a file that did in fact belong to one of the Malik family members who was subject to the search but the file was unrelated to the case. The other two files belonged to clients who had the same names as targets of the search. In all three cases the documents were not taken from the premises, and (as stated) none of the documents have been viewed by the Province. In the circumstances, the objection to the *Anton Piller* order based on solicitor-client confidences should also be rejected.

#### VI. Disposition

[66] I would therefore allow the appeal with costs.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitor for the appellant: Ministry of the Attorney General, Victoria.*

*Solicitors for the respondents Ripudaman Singh Malik and Raminder Malik: Bruce E. McLeod, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent Jaspreet Singh Malik: Malik Law Corporation, Surrey.*

juge siégeant en cabinet le 25 octobre 2007, deux jours après que l’ordonnance *Anton Piller* eût été rendue. Les avocats ont soulevé la question du secret professionnel de l’avocat, et les parties sont arrivées à ce que le juge McEwan a décrit comme des [TRADUCTION] « ententes fonctionnelles » quant aux garanties dont feraient l’objet les dossiers saisis dans les cabinets juridiques jusqu’à ce que la contestation de fond des ordonnances par les Malik ait été résolue.

[65] Finalement, Jaspreet a été en mesure d’identifier seulement trois dossiers saisis lors de la perquisition qui faisaient l’objet d’objections légitimes fondées sur le privilège du secret professionnel de l’avocat. Un de ces dossiers appartenait en fait à un membre de la famille Malik visé par la perquisition, mais le dossier n’était pas relié à l’affaire. Les deux autres dossiers appartenaient à des clients qui avaient des noms identiques à ceux de personnes visées par la perquisition. Dans les trois cas, les documents ont été laissés dans les lieux et (comme je l’ai indiqué) aucun des documents n’a été vu par la province. Dans les circonstances, il y a également lieu de rejeter l’objection fondée sur le secret professionnel de l’avocat qui a été soulevée à l’égard de l’ordonnance *Anton Piller*.

#### VI. Dispositif

[66] Je suis par conséquent d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureur de l’appelante : Ministère du Procureur général, Victoria.*

*Procureurs des intimés Ripudaman Singh Malik et Raminder Malik : Bruce E. McLeod, Vancouver.*

*Procureurs de l’intimé Jaspreet Singh Malik : Malik Law Corporation, Surrey.*



**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Gordon Reynolds** *Respondent*

INDEXED AS: **R. v. REYNOLDS**

2011 SCC 19

File No.: 33919.

2011: April 19; 2011: April 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Appeal as of right — Whether appeal raises a question of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 693(1)(a).*

*Criminal law — Offences — Elements of offence — Obstructing justice — Whether suggestion of providing false doctor's note was an integral part of overall attempt to dissuade witness from giving evidence by threat or other corrupt means — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 139(3)(a).*

*Held:* The appeal should be allowed and the convictions imposed by the trial judge restored.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Sharpe, Blair and MacFarland J.J.A.), 2010 ONCA 576, 267 O.A.C. 149, 260 C.C.C. (3d) 35, [2010] O.J. No. 3908 (QL), 2010 CarswellOnt 6911, setting aside the accused's convictions and entering acquittals. Appeal allowed.

*Deborah Krick*, for the appellant.

*Joseph Di Luca* and *Kevin Tilley*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — We find that the appeal raises a question of law and that the Court has jurisdiction.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Gordon Reynolds** *Intimé*

RÉPERTORIÉ : **R. c. REYNOLDS**

2011 CSC 19

N° du greffe : 33919.

2011 : 19 avril; 2011 : 28 avril.

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

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

*Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Appel de plein droit — L'appel soulève-t-il une question de droit? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 693(1)(a).*

*Droit criminel — Infractions — Éléments de l'infraction — Entrave à la justice — La suggestion de produire un faux certificat médical faisait-elle partie intégrante de la tentative globale de dissuader une personne de témoigner par des menaces ou d'autres moyens de corruption? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 139(3)(a).*

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et les déclarations de culpabilité prononcées par le juge du procès sont rétablies.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Sharpe, Blair et MacFarland), 2010 ONCA 576, 267 O.A.C. 149, 260 C.C.C. (3d) 35, [2010] O.J. No. 3908 (QL), 2010 CarswellOnt 6911, qui a annulé les déclarations de culpabilité de l'accusé et prononcé des acquittements. Pourvoi accueilli.

*Deborah Krick*, pour l'appelante.

*Joseph Di Luca* et *Kevin Tilley*, pour l'intimé.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — Nous concluons que l'appel soulève une question de droit et que la Cour a

On the merits, we agree with Blair J.A., dissenting in the Court of Appeal, that

[s]uggesting a facile, albeit deceitful, way of accomplishing the desired objective is just as much a part of the “persuasion package” as providing the incentive to carry out the desired objective in the first place. Both form part of the same chain of events designed to convince Mr. Page not to testify and thus effect the sought-after result. The suggestion of providing a false doctor’s note was not simply a logistical detail; it was an integral part of the overall persuasive package. Its purpose was to delay and obstruct the course of justice.

(2010 ONCA 576, 267 O.A.C. 149, at para. 68)

[2] We would allow the appeal and restore the convictions imposed by the trial judge.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Di Luca Copeland Davies, Toronto.*

compétence. Sur le fond, nous sommes d’accord avec le juge Blair, dissident en Cour d’appel de l’Ontario, pour dire que :

[TRADUCTION] Le fait de suggérer un moyen facile, quoique dolosif, d’atteindre l’objectif visé fait tout autant partie de « l’entreprise de persuasion » que le fait de fournir initialement un motif d’atteindre cet objectif. Ce sont là deux éléments de la même série de mesures imaginées pour convaincre M. Page de ne pas témoigner et pour obtenir, du même coup, le résultat désiré. La suggestion d’utiliser un faux certificat médical n’était pas un simple détail logistique; elle faisait partie intégrante de l’entreprise globale de persuasion. Elle visait à retarder et à entraver le cours de la justice.

(2010 ONCA 576, 267 O.A.C. 149, par. 68)

[2] Nous sommes d’avis d’accueillir l’appel et de rétablir les déclarations de culpabilité prononcées par le juge du procès.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l’appelante : Procureur général de l’Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l’intimé : Di Luca Copeland Davies, Toronto.*

# INDEX

## ADMINISTRATIVE LAW

1. Judicial review — Standard of review — Reasonableness of Patented Medicine Prices Review Board's interpretation of its enabling legislation — Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, ss. 80(1)(b), 81(1)(a), 83(1), 85.

CELGENE CORP. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 3.

2. Boards and Tribunals — Jurisdiction — Costs — Land expropriated by pipeline company pursuant to agreement — Expropriated party not fully compensated and Pipeline Arbitration Committee appointed pursuant to National Energy Board Act — Queen's Bench action commenced by company and then discontinued — First committee aborted and a second committee appointed — Second committee awarding costs for proceedings before both committees and for court action — Whether tribunal having jurisdiction to order such costs — National Energy Board Act, R.S.C. 1985, c. N-7, ss. 75, 99(1).

SMITH v. ALLIANCE PIPELINE LTD., 160.

3. Judicial review — Standard of review — Land expropriated by pipeline company pursuant to agreement — Expropriated party not fully compensated and Pipeline Arbitration Committee appointed pursuant to National Energy Board Act — Queen's Bench action commenced by company and then discontinued — First committee aborted and a second committee appointed — Second committee awarding costs for proceedings before both committees and for court action — Whether standard of reasonableness applicable to second committee's decision on costs — National Energy Board Act, R.S.C. 1985, c. N-7, ss. 75, 99(1).

SMITH v. ALLIANCE PIPELINE LTD., 160.

## ARBITRATION

Competence-competence principle — Effect of arbitration clause on jurisdiction of court — Customer signing contract with mobile phone service provider containing mandatory mediation and arbitration clause — Customer filing claim in B.C. Supreme Court for declaratory and injunctive relief under the Business Practices and Consumer Protection Act — Whether question of jurisdiction should be determined by court or arbitrator — Business Practices and Consumer Protection Act,

## ARBITRATION — (Concluded)

S.B.C. 2004, c. 2, ss. 3, 171, 172 — Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 22.

SEIDEL v. TELUS COMMUNICATIONS INC., 531.

## ARMED FORCES

Military offences — Criminal law — Sentencing — Military judge imposing sentence of imprisonment for 30 days — Court of Appeal substituting fine for sentence of imprisonment — Whether majority in Court of Appeal erred in substituting its own balancing of factors relevant to sentencing for that of military judge — Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to hear appeal — National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 245(2)(a).

R. v. ST-ONGE, 625.

## CIVIL LIABILITY

Defamation — Injury — Objective standard of "ordinary person" — Action in defamation on behalf of group following racist comments made during radio show — Whether ordinary person would have found that the group members had sustained personal injury — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1457.

BOU MALHAB v. DIFFUSION MÉTROMÉDIA CMR INC., 214.

## CIVIL PROCEDURE

1. Class actions — Defamation — Action in defamation on behalf of group following racist comments made during radio show — Whether representative plaintiff must prove that each group member suffered personal injury — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1457.

BOU MALHAB v. DIFFUSION MÉTROMÉDIA CMR INC., 214.

**CIVIL PROCEDURE — (Concluded)**

2. Anton Piller order — Evidence — Admissibility — Crown bringing action against respondents to recover monies advanced to fund defence costs — Crown obtaining ex parte Anton Piller order — Chambers judge relying on facts found against respondents in prior judicial proceedings — Whether Superior Court judge hearing ex parte application for interlocutory order may admit findings and conclusions of prior judicial decision into evidence — Whether prior decision admissible only where respondents precluded by issue estoppel or abuse of process from relitigating the facts adduced — Whether sufficient admissible evidence adduced to justify order.

BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL) V. MALIK, 657.

**CONSTITUTIONAL LAW**

1. Charter of Rights — Freedom of expression — Freedom of the press — Courthouses — Rules of practice and directive issued by Ministère de la Justice limiting filming, taking photographs and conducting interviews to predetermined locations and prohibiting broadcasting of official audio recordings of hearings — Whether these measures infringe freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Rules of practice of the Superior Court of Québec in civil matters, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8, rules 38.1, 38.2 — Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division, 2002, SI/2002-46 (am. SI/2005-19), ss. 8.A, 8.B.

CANADIAN BROADCASTING CORP. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 19.

2. Charter of Rights — Reasonable limits prescribed by law — Directive issued by Ministère de la Justice limiting filming, taking photographs and conducting interviews to predetermined locations in courthouses — Directive infringing freedom of expression — Whether directive meets “prescribed by law” requirement of s. 1 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

CANADIAN BROADCASTING CORP. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 19.

3. Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Section 38 scheme of Canada Evidence Act granting jurisdiction to Federal Court to determine questions of disclosure of information pertaining to international relations, national defence or national security — Whether attribution of jurisdiction to Federal Court impedes ability of superior

**CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)**

court judges to ensure conduct of fair trial — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 38 to 38.16 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. v. AHMAD, 110.

4. Validity of legislation — Section 38 scheme of Canada Evidence Act granting jurisdiction to Federal Court to determine questions of disclosure of information pertaining to international relations, national defence or national security — Whether Parliament’s decision to limit superior courts from determining those questions impermissibly invades core jurisdiction of superior courts — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 38 to 38.16 — Constitution Act, 1867, s. 96.

R. v. AHMAD, 110.

5. Charter of Rights — Right to equality — Contextual analysis — Whether use of comparator groups is appropriate in analysis of equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).

WITHLER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 396.

6. Charter of Rights — Right to equality — Discrimination based on age — Federal pension legislation reducing supplementary death benefit by 10 percent for each year by which plan member exceeds prescribed ages — Surviving spouses receiving reduced supplementary death benefits — Whether reduction provisions discriminate against surviving spouses — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Canadian Forces Superannuation Act, R.S.C. 1985, c. C-17, s. 60(1) — Public Service Superannuation Act, R.S.C. 1985, c. P-36, s. 47(1).

WITHLER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 396.

**CONSUMER PROTECTION**

Contracts — Arbitration — Class actions — Stay of proceedings — Cell phone service contract containing private and confidential mediation and arbitration and class action waiver clause — Customer filing claim in B.C. Supreme Court for declaratory and injunctive relief alleging cell phone service provider engaged in deceptive and unconscionable practices — Customer seeking relief as individual and as representative of class — Cell phone company obtaining stay of proceedings under Commercial Arbitration Act — British Columbia Business Practices and Consumer Protection Act (BPCPA) stating agreements waiving or releasing rights, benefits or protections under the Act are void — Whether BPCPA renders arbitration clause void such that the stay of the court proceedings should be lifted — Business Practices and Consumer Protection Act,

**CONSUMER PROTECTION — (Concluded)**

S.B.C. 2004, c. 2, ss. 3, 171, 172 — Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 15.

SEIDEL *v.* TELUS COMMUNICATIONS INC., 531.

**COSTS**

Interim costs — Whether superior court has inherent jurisdiction to grant interim costs in litigation taking place in the provincial court — If so, whether criteria for an interim costs order were met.

R. *v.* CARON, 78.

**COURTS**

1. Superior Court — Broadcasting ban — Rules of practice prohibiting any broadcasting of recording of hearing — Whether prohibition applies to broadcasting of exhibit tendered in evidence — Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division, 2002, SI/2002-46 (am. SI/2005-19), ss. 8, 8.A.

CANADIAN BROADCASTING CORP. *v.* THE QUEEN, 65.

2. Jurisdiction — Interim costs — Serious constitutional issue arising in provincial court — Superior court making order for interim costs in provincial court proceeding — Whether superior court has inherent jurisdiction to grant interim costs in litigation taking place in the provincial court — If so, whether criteria for an interim costs order were met.

R. *v.* CARON, 78.

3. Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Appeal as of right — Whether appeal raises a question of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 693(1)(a).

R. *v.* REYNOLDS, 693.

**CRIMINAL LAW**

1. Procedure — Broadcasting ban — Open court principle — Video recording of statement made to police by accused tendered in evidence at trial — Media organizations applying for permission to broadcast recording of statement — Expressive activity protected by freedom of expression — Order within discretion of trial judge — Whether motion must be decided by applying Dagenais/Mentuck test.

CANADIAN BROADCASTING CORP. *v.* THE QUEEN, 65.

**CRIMINAL LAW — (Concluded)**

2. Reasonable verdict — Appellant challenging adequacy of evidence identifying him as assailant — Whether decision of trial judge supported by evidence.

R. *v.* BRUCE, 76.

3. Trial — Charge to jury — Questions from jury — Whether trial judge erred in response to jury's questions.

R. *v.* MILJEVIC, 203.

4. Trial — Charge to jury — Post-offence conduct — Murder — Accused fleeing crime scene after shooting victim — Accused conceding at trial to having shot victim unlawfully but claiming lack of intent to kill — Crown stating in closing argument that accused fled with no hesitation, shock or uncertainty — Trial judge instructing jury to be "careful" in considering post-offence conduct — Whether lack of instruction stating that post-offence conduct had no probative value constituting error of law — If so, whether curative proviso applicable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. *v.* WHITE, 433.

5. Sexual interference — Indictment — Time of offence — Accused convicted of committing offence on date other than one referred to in indictment — Fairness of trial not affected.

R. *v.* S.D., 527.

6. Evidence — Fresh evidence — Charge of sexual assault — Wound on accused's finger — Complainant alleging to have bitten accused during assault — Police officer at trial giving lay evidence as to wound being a bite wound — No expert testimony as to nature of wound led at trial — Accused, on appeal, wishing to introduce evidence of forensic dentist — Whether fresh evidence should be admitted.

R. *v.* J.A.A., 628.

7. Offences — Elements of offence — Obstructing justice — Whether suggestion of providing false doctor's note was an integral part of overall attempt to dissuade witness from giving evidence by threat or other corrupt means — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 139(3)(a).

R. *v.* REYNOLDS, 693.

**FAMILY LAW**

1. Common law spouses — Property — Resulting trust — Whether evidence of common intention should be considered in context of resulting trust — Whether resulting trust principles

**FAMILY LAW — (Concluded)**

apply to property or monetary award in resolution of domestic cases.

KERR V. BARANOW, 269.

2. Common law spouses — Property — Unjust enrichment — Monetary remedy — Whether monetary remedy restricted to quantum meruit award — Whether evidence of joint family venture should be considered in conferring remedy — Whether mutual benefit conferral and reasonable expectations of parties should be considered in assessing award.

KERR V. BARANOW, 269.

3. Common law spouses — Support — Parties separating after living together for more than 25 years — Female partner commencing proceedings for a share of property and support — Whether support should be payable from date of trial or date on which proceedings commenced.

KERR V. BARANOW, 269.

**LEGISLATION**

Statutory interpretation — Scope of the Patented Medicine Prices Review Board's price-regulating and remedial authority — Meaning of "sold in any market in Canada" — Whether concept should be interpreted in accordance with commercial law principles or be responsive to surrounding legislative context and purpose — Patent Act, R.S.C. 1985, c. P-4, ss. 80(1)(b), 83(1), 85.

CELGENE CORP. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 3.

**SOCIAL LAW**

Canada Assistance Plan — Cost sharing — Federal-provincial agreement entered into under Canada Assistance Plan for purpose of sharing costs of welfare services — Federal government refusing to share in costs incurred by Quebec for two types of services — Whether social services provided in schools were "welfare services" within meaning of Canada Assistance Plan — Whether federal government already sharing in costs of support services provided to persons with disabilities living in residential resources for clients who required continuous assistance on basis that these services constituted "adult residential care services" under Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Established Programs Financing Act, 1977 — Canada Assistance Plan, R.S.C. 1985, c. C-1, ss. 2, 4(b), 5(2)(c) — Canada Assistance Plan Regulations, C.R.C. 1978, c. 382, s. 8 — Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Established Programs Financing Act, 1977, S.C. 1976-77, c. 10, s. 27(8) — Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Established Programs Financing Regulations, 1977, SOR/78-587, ss. 24(1), 24(2)(b).

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) V. CANADA, 368.

# INDEX

## ARBITRAGE

Principe de compétence-compétence — Effet de la clause d'arbitrage sur la compétence de la cour — Contrat de services de téléphonie cellulaire comportant une clause de médiation et d'arbitrage obligatoires conclu entre la cliente et le fournisseur de services — Recours de la cliente devant la Cour suprême de la C.-B. en vue d'obtenir un jugement déclaratoire et une injonction en vertu de la Business Practices and Consumer Protection Act — Qui, de la cour ou de l'arbitre, doit trancher la question de compétence? — Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, ch. 2, art. 3, 171, 172 — Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 22.

SEIDEL C. TELUS COMMUNICATIONS INC., 531.

---

## DÉPENS

Provisions pour frais — La cour supérieure a-t-elle la compétence inhérente nécessaire pour accorder une provision pour frais dans un litige devant la cour provinciale? — Dans l'affirmative, les conditions auxquelles est assujettie l'attribution d'une provision pour frais ont-elles été remplies?

R. C. CARON, 78.

---

## DROIT ADMINISTRATIF

1. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Caractère raisonnable de l'interprétation par le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés de sa loi habilitante — Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 80(1)b), 81(1), 83(1), 85.

CELGENE CORP. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 3.

2. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Expropriation d'un terrain par une compagnie de pipeline aux termes d'un contrat — Indemnisation partielle de la partie expropriée et constitution d'un comité d'arbitrage sur les pipelines en vertu de la Loi sur l'Office national de l'énergie — Action intentée devant la Cour du Banc de la Reine puis retirée par

## DROIT ADMINISTRATIF — (Fin)

la compagnie — Dissolution du premier comité et constitution d'un second comité — Octroi par le second comité des frais afférents aux instances devant les deux comités et des dépens relatifs à l'action devant la cour — La norme de la décision raisonnable s'applique-t-elle à la décision du second comité sur les frais et dépens? — Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. 1985, ch. N-7, art. 75, 99(1).

SMITH C. ALLIANCE PIPELINE LTD., 160.

3. Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Frais et dépens — Expropriation d'un terrain par une compagnie de pipeline aux termes d'un contrat — Indemnisation partielle de la partie expropriée et constitution d'un comité d'arbitrage sur les pipelines en vertu de la Loi sur l'Office national de l'énergie — Action intentée devant la Cour du Banc de la Reine puis retirée par la compagnie — Dissolution du premier comité et constitution d'un second comité — Octroi par le second comité des frais afférents aux instances devant les deux comités et des dépens relatifs à l'action devant la cour — Le tribunal administratif est-il habilité à accorder ces frais et dépens? — Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. 1985, ch. N-7, art. 75, 99(1).

SMITH C. ALLIANCE PIPELINE LTD., 160.

---

## DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Liberté d'expression — Liberté de la presse — Palais de justice — Règles de pratique et directive du ministère de la justice limitant la prise d'images et la tenue d'entrevues à des endroits prédéterminés et interdisant la diffusion des enregistrements sonores officiels des audiences — Ces mesures portent-elles atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Règlement de procédure civile (Cour supérieure), R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 8, règles 38.1, 38.2 — Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle (2002), TR/2002-46 (mod. TR/2005-19), art. 8A, 8B.

SOCIÉTÉ RADIO-CANADA C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 19.

**DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)**

2. Charte des droits — Limites raisonnables prévues par une règle de droit — Directive du ministère de la justice limitant la prise d'images et la tenue d'entrevues à des endroits prédéterminés dans les palais de justice — Directive portant atteinte à la liberté d'expression — La directive constitue-t-elle une « règle de droit » au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés?

SOCIÉTÉ RADIO-CANADA C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 19.

3. Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Pouvoir de trancher les questions de divulgation de renseignements ayant trait aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale conféré à la Cour fédérale par le régime établi par l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada — L'attribution de ce pouvoir à la Cour fédérale empêche-t-elle les juges des cours supérieures de garantir un procès équitable? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 38 à 38.16 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. c. AHMAD, 110.

4. Validité de la loi — Pouvoir de trancher les questions de divulgation de renseignements ayant trait aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale conféré à la Cour fédérale par le régime établi par l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada — La décision du législateur de limiter le pouvoir des cours supérieures de trancher ces questions empiète-t-elle de manière inacceptable sur la compétence fondamentale de ces tribunaux? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 38 à 38.16 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.

R. c. AHMAD, 110.

5. Charte des droits — Droit à l'égalité — Analyse contextuelle — Le recours à des groupes de comparaison est-il opportun dans l'analyse portant sur les droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).

WITHLER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 396.

6. Charte des droits — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur l'âge — Réduction par des lois fédérales sur les pensions de la prestation supplémentaire de décès de 10 p. 100 pour chaque année de l'âge du participant ultérieure à l'âge prescrit — Versement aux conjoints survivants d'une prestation supplémentaire de décès réduite — Les dispositions imposant une réduction créent-elles une discrimination à l'endroit des conjoints survivants? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes, L.R.C. 1985, ch. C-17, art. 60(1) — Loi

**DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)**

sur la pension de la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-36, art. 47(1).

WITHLER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 396.

**DROIT CRIMINEL**

1. Procédure — Interdiction de diffusion — Principe de la publicité des débats judiciaires — Enregistrement vidéo d'une déclaration de l'accusé faite aux policiers déposé en preuve au procès — Requête des médias visant à obtenir l'autorisation de diffuser l'enregistrement de la déclaration — Activité expressive protégée par la liberté d'expression — Ordonnance relevant du pouvoir discrétionnaire du juge du procès — La requête doit-elle être décidée selon la grille d'analyse établie dans les arrêts Dagenais/Mentuck?

SOCIÉTÉ RADIO-CANADA C. LA REINE, 65.

2. Verdict raisonnable — Contestation par l'appelant du caractère suffisant de la preuve l'identifiant comme étant l'agresseur — La décision du juge du procès est-elle appuyée par la preuve?

R. c. BRUCE, 76.

3. Procès — Exposé au jury — Questions du jury — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en répondant aux questions du jury?

R. c. MILJEVIC, 203.

4. Procès — Exposé au jury — Comportement postérieur à l'infraction — Meurtre — Accusé ayant fui après avoir tiré sur la victime — Accusé ayant concédé au procès avoir abattu la victime illégalement, mais niant avoir eu l'intention de tuer — Ministère public ayant mentionné dans sa plaidoirie finale que l'accusé avait fui sans hésiter, se montrer bouleversé ni indécis — Juge du procès appelant les jurés à la « prudence » à l'égard du comportement postérieur à l'infraction — L'absence de directive indiquant que le comportement postérieur à l'infraction n'avait aucune valeur probante constitue-t-elle une erreur de droit? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice s'applique-t-elle? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b(iii).

R. c. WHITE, 433.

5. Contacts sexuels — Acte d'accusation — Date de l'infraction — L'accusé a été déclaré coupable d'avoir commis l'infraction à une autre date que celle visée par l'acte d'accusation — L'équité du procès n'a pas été atteinte.

R. c. S.D., 527.



**DROIT CRIMINEL — (Fin)**

6. Preuve — Nouvel élément de preuve — Accusation d'agression sexuelle — Blessure au doigt de l'accusé — Prétention de la plaignante qu'elle avait mordu l'accusé au cours de l'agression — Témoignage d'un profane, un agent de police, au procès, que la blessure résultait d'une morsure — Aucun témoignage d'expert au procès sur la nature de la blessure — Intention de l'accusé de produire en appel la preuve émanant d'un expert en odontologie médico-légale — Le nouvel élément de preuve doit-il être admis?

R. c. J.A.A., 628.

7. Infractions — Éléments de l'infraction — Entrave à la justice — La suggestion de produire un faux certificat médical faisait-elle partie intégrante de la tentative globale de dissuader une personne de témoigner par des menaces ou d'autres moyens de corruption? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 139(3)a.

R. c. REYNOLDS, 693.

**DROIT DE LA FAMILLE**

1. Conjoints de fait — Aliments — Séparation des conjoints après plus de 25 ans de vie commune — Action de la conjointe réclamant une pension alimentaire et une part des biens — La pension alimentaire est-elle rétroactive à la date du procès ou à la date d'introduction de l'instance?

KERR C. BARANOW, 269.

2. Conjoints de fait — Biens — Enrichissement injustifié — Réparation pécuniaire — Une réparation pécuniaire est-elle restreinte au quantum meruit? — La preuve de coentreprise familiale doit-elle être prise en compte au moment d'accorder une réparation? — Les avantages réciproques et les attentes raisonnables des parties doivent-ils être pris en compte dans l'évaluation de la réparation?

KERR C. BARANOW, 269.

3. Conjoints de fait — Biens — Fiducie résultoire — La preuve de l'intention commune doit-elle être prise en compte dans le contexte de la fiducie résultoire? — Les principes de la fiducie résultoire s'appliquent-ils aux réparations accordées en biens ou en argent dans le cadre de la résolution des litiges familiaux?

KERR C. BARANOW, 269.

**DROIT SOCIAL**

Régime d'assistance publique du Canada — Partage des frais — Accord fédéral-provincial conclu en vertu du Régime d'assistance publique du Canada visant à partager les frais de services de protection sociale — Refus du gouvernement fédéral de partager les frais encourus par le Québec à l'égard de deux catégories de services — Les services sociaux dispensés en milieu scolaire constituent-ils des « services de protection sociale » au sens du Régime d'assistance publique du Canada? — Les frais des services de soutien dispensés aux personnes handicapées vivant en ressources résidentielles, dont la clientèle nécessite une assistance continue, sont-ils déjà partagés par le gouvernement fédéral à titre de « soins en établissement pour adultes » en vertu de la Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis? — Régime d'assistance publique du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-1, art. 2, 4b), 5(2)c) — Règlement du Régime d'assistance publique du Canada, C.R.C. 1978, ch. 382, art. 8 — Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis, L.C. 1976-77, ch. 10, art. 27(8) — Règlement de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis, DORS/78-587, art. 24(1), 24(2)b).

QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CANADA, 368.

**FORCES ARMÉES**

Infractions militaires — Droit criminel — Détermination de la peine — Infliction par le juge militaire d'une peine d'emprisonnement de 30 jours — Substitution par la Cour d'appel d'une amende à la peine d'emprisonnement — La majorité de la Cour d'appel a-t-elle fait erreur en substituant sa pondération des facteurs pertinents à la détermination de la peine à celle du juge militaire? — La Cour suprême du Canada a-t-elle compétence pour entendre le pourvoi? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 245(2)a).

R. c. ST-ONGE, 625.

**LÉGISLATION**

Interprétation législative — Portée des pouvoirs de réglementation des prix et de réparation du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés — Signification de « vente [. . .] sur [le] march[é] canadien » — Le concept doit-il être interprété en fonction des principes du droit commercial ou doit-il plutôt être défini d'une manière qui tienne compte du contexte

**LÉGISLATION — (Fin)**

et de l'objet de la législation pertinente? — Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 80(1)b), 83(1), 85.

CELGENE CORP. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 3.

**PROCÉDURE CIVILE**

1. Recours collectif — Diffamation — Poursuite en diffamation au nom d'un groupe à la suite de propos racistes tenus lors d'une émission de radio — Le membre représentant doit-il prouver l'existence d'un préjudice personnel chez chacun des membres du groupe? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457.

BOU MALHAB C. DIFFUSION MÉTROMÉDIA CMR INC., 214.

2. Ordonnance Anton Piller — Preuve — Admissibilité — Action intentée par la province contre les intimés en vue d'obtenir le remboursement des fonds versés pour financer leur défense — Ordonnance Anton Piller obtenue ex parte par la province — Juge siégeant en cabinet se fondant sur des faits défavorables aux intimés constatés dans le cadre de procédures judiciaires antérieures — Le juge de la Cour supérieure saisi d'une demande d'ordonnance interlocutoire présentée ex parte peut-il recevoir en preuve les conclusions d'une décision judiciaire antérieure? — La décision antérieure n'est-elle recevable que si les intimés ne pouvaient, en raison de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ou de l'abus de procédure, débattre de nouveau les faits présentés? — La preuve recevable était-elle suffisante pour justifier l'ordonnance?

COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. MALIK, 657.

**PROTECTION DU CONSOMMATEUR**

Contrats — Arbitrage — Recours collectifs — Suspension d'instance — Clause du contrat du fournisseur de services de téléphonie cellulaire prévoyant la médiation et l'arbitrage privés et confidentiels et une renonciation au recours collectif — Cliente demandant à la Cour suprême de la C.-B. une injonction et un jugement déclarant que le fournisseur de services de téléphonie cellulaire s'est livré à des pratiques trompeuses et abusives — Cliente demandant une réparation pour elle-même et en tant que représentante d'une catégorie de consommateurs — Suspension d'instance accordée à la société de téléphonie cellulaire aux termes de la Commercial Arbitration Act — Business Practices and Consumer Protection Act (BPCPA) de la C.-B. déclarant nulles les ententes de renonciation aux

**PROTECTION DU CONSOMMATEUR — (Fin)**

droits, avantages et protections conférés par cette loi — La BPCPA annule-t-elle la clause d'arbitrage de sorte qu'il y a lieu de lever la suspension d'instance? — Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, ch. 2, art. 3, 171, 172 — Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 15.

SEIDEL C. TELUS COMMUNICATIONS INC., 531.

**RESPONSABILITÉ CIVILE**

Diffamation — Préjudice — Norme objective du « citoyen ordinaire » — Poursuite en diffamation au nom d'un groupe à la suite de propos racistes tenus lors d'une émission de radio — Le citoyen ordinaire aurait-il conclu que les membres du groupe ont subi un préjudice personnel? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1457.

BOU MALHAB C. DIFFUSION MÉTROMÉDIA CMR INC., 214.

**TRIBUNAUX**

1. Cour supérieure — Interdiction de diffusion — Règles de procédure interdisant la diffusion de tout enregistrement sonore des audiences — La diffusion d'une pièce déposée en preuve est-elle visée par cette interdiction? — Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle (2002), TR/2002-46 (mod. TR/2005-19), art. 8, 8A.

SOCIÉTÉ RADIO-CANADA C. LA REINE, 65.

2. Compétence — Provisions pour frais — Importante question constitutionnelle soulevée en cour provinciale — Ordonnance de provision pour frais rendue par la cour supérieure dans l'instance devant la cour provinciale — La cour supérieure a-t-elle la compétence inhérente nécessaire pour accorder une provision pour frais dans un litige devant la cour provinciale? — Dans l'affirmative, les conditions auxquelles est assujettie l'attribution d'une provision pour frais ont-elles été remplies?

R. C. CARON, 78.

3. Cour suprême du Canada — Compétence — Appel de plein droit — L'appel soulève-t-il une question de droit? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 693(1)a).

R. C. REYNOLDS, 693.

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0S5

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Éditions et Services de dépôts  
Travaux publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0S5

---

Available from:  
Publishing & Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5  
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :  
Éditions et Services de dépôts  
Travaux publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5  
<http://publications.gc.ca>